Der gesetzliche Forderungsübergang.

INAUGURAL-DISSERTATION

zur

Erlangung der Doktorwürde

einer Hohen Juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexander-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

JOSEF ZIEGLER
Assessor
aus Ahaus in Westf.

Approbiert am: 20. 6. 1938.

1 9 NOLTE 3 8

DISSERTATIONS-VERLAG G. H. NOLTE DÜSSELDORF

1938/191

Referent:
Geheimer Justizrat Professor Dr. Dr. Bernhard Kübler.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

MEINEM GROSSVATER!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41533903_0019

INHALTS-VERZEICHNIS

Einleitung: Die Tatbestände des gesetzlichen Forderungsübergangs (cessio legis) und ihre Abgrenzung 1

I. Abschnitt:

Die geschichtliche Entwicklung der cessio legis und ihre Rechtsnatur.

§ 1: Die cessio legis in ihrer geschichtlichen Entwicklung: . . . 4
a) im römischen, ... 4
b) im gemeinen, ... 5
c) im deutschen Recht und die Regelung des BGB., . . . 5
d) im Versicherungsrecht 6

§ 2: Die Konstruktionsversuche der cessio legis und ihre Widerlegung: 6
1. Die Regreßforderung als übergegangene Gläubigerforderung: 7
a) die cessio legis als Forderungskauf, ... 7
b) die Lehre Oertmanns, ... 7
c) die Subrogation, ... 8
d) die Konstruktion im Versicherungsrecht 8
2. Die Regreßforderung als gesetzlicher Erstattungsanspruch: . 9
a) als neuer Ersatzanspruch (Stammler), ... 9
b) als Anspruch auf Ersatz von Aufwendungen (Schulz) . . 10
3. Zusammenfassung und Ziel der Auslegungsarbeit . . . 11

II. Abschnitt:

Der gesetzliche Forderungsübergang zur Vermittlung eines Rückgriffs gegen den Hauptschuldner.

§ 1: Persönliche Haftung: 12
1. Voraussetzungen des Eintritts der cessio legis § 774 BGB. 12
a) Bestehen einer Bürgschaftsverpflichtung, ... 12
b) Befriedigung des Gläubigers 13
2. Die Rechtslage nach Eintritt des Überganges 14

§ 2: Das Ablösungsrecht: 15
1. In der Zwangsvollstreckung, ... 15
2. im Hypothekenrecht: 15
a) § 1143 Übergang auf den Eigentümer, ... 15
b) § 1150 Ablösungsrecht bei drohender Befriedigung aus dem Grundstück 16
3. Der Übergang bei Pfandrechten an beweglichen Sachen: . . 16
a) Rechte des Verpfänders, ... 16
b) Rechte des Pfandeigentümers, ... 16
c) Rechte des dinglich Berechtigten 16

§ 3: Die Fälle der cessio legis zur Vermittlung eines Rückgriffs gegen den Schuldner im Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht 17

III. Abschnitt:

Der gesetzliche Forderungsübergang zur Vermittlung des Regresses zum Ausgleich.

§ 1: Der Gesamtschuldnerausgleich: 18
1. Der Tatbestand des § 426 BGB. und die Tatbestände echter Gesamtschuldnerschaft 18
2. Die Ausgleichungspflicht und die Höhe des Ausgleichs: . . 19
a) auf Grund eines Vertrages, ... 19
b) auf Grund der gesetzlichen Bestimmungen betreffend die Schadensersatzpflicht aus unerlaubter Handlung §§ 823 ff. BGB., ... 19
c) auf Grund der gesetzlichen Bestimmungen im Familienrecht, 21
d) im Versicherungsrecht 21
e) Die Anwendung des Ausgleichungsgrundsatzes des § 426 auf die unechte Gesamtschuldnerschaft 22

§ 2: Rückgriff und Ausgleich zwischen mehreren unabhängigen Sicherungsgebern, und zwar 23
1. zwischen Bürgen und Verpfändern, ... 23
a) Problemstellung 23
b) Die Bevorzugung des Bürgen vor dem Verpfänder . . 24
2. zwischen Bürgen und dem Eigentümer eines mit einer Hypothek belasteten Grundstücks, ... 26
3. der Ausgleich bei der Gesamthypothek, ... 27
4. der Ausgleich zwischen mehreren Pfandrechten an beweglichen Sachen, ... 27
5. Rückgriff des Pfandeigentümers gegen den Verpfänder, . . 28
6. Verhältnis des Drittverpfänders zum nicht persönlich haftenden Eigentümer eines hypothekenbelasteten Grundstücks, . 29
7. Verhältnis der Bürgschaft und des Pfandrechts zum Sicherungseigentum, ... 29
8. Rückgriff des persönlichen Schuldners gegen den Grundstückseigentümer, ... 30
9. Ausgleich zwischen mehreren Ablösungsberechtigten . . 31

IV. Abschnitt:

Die Rechtslage nach Eintritt des Forderungsüberganges:

1. beim Schuldner, ... 32
2. beim Gläubiger. 33
a) Die Intensitätsdämpfung der übergegangenen Forderung. 33
b) Verhältnis der übergegangenen Forderung zur Restforderung des Gläubigers bei teilweiser Befriedigung. . . . 34
c) Verhältnis der übergegangenen Forderung zu weiteren selbständigen Forderungen des Gläubigers. 35
d) Die übergegangene Forderung im Konkurse des Hauptschuldners. 37

Zusammenfassung und Ergebnis der Untersuchung 38

SCHRIFTTUM

Bendix: Zur Lehre von dem gesetzlichen Übergange der Rechte (cessio legis) im Falle des Vorhandenseins mehrerer Sicherungen, im Arch. f. bürg. Recht, Bd. 25, S. 84.

— Teilleistung des Bürgen — Konkurs des Hauptschuldners. Im „Recht" 1910, S. 686.

Biermann: Komm. zum BGB., 3. Aufl., Sachenrecht, Berlin 1914.

Breit: Zur Lehre vom Eintritte des Bürgen und des Drittverpfänders in die Rechte des befriedigten Gläubigers nach BGB., in Gruch. Bd. 48, S. 283 ff.

Bruck: Das Privatversicherungsrecht, Mannheim, Berlin, Leipzig, 1930.

Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. 2, Tübingen und Leipzig 1902, Bd. 3 Tübingen 1905.

Conrades: Bürgschaft und Aufrechnung, im „Recht" 1903, S. 308.

de Boor: Kollision der Forderungsrechte 1928.

Dernburg: Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens, Bd. 2, Halle 1901, Bd. 3 Halle 1904.

— Pandekten, 2. Bd., 7. Aufl., Berlin 1903.

Ehrenberg: Handbuch des gesamten Handelsrechts, Bd. 8, Abt. 1 Leipzig 1922 und Abt. 2, Leipzig 1922.

Eisele: Correalität und Solidarität im Arch. f. ziv. Praxis, Bd. 77, S. 374.

Emmerich: Pfandrechtskonkurrenzen 1909.

Endemann: Lehrbuch des bürgerl. Rechts, Bd. 2, 8. Aufl., Berlin 1903.

Ennneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 1. Bd., 13. Bearb. Marburg 1931; 2. Bd., 11. Bearb. Marburg 1930; 3. Bd., 8. Bearb. Marburg 1929; 4. Bd., 6. Bearbeitg., Marburg 1928.

v. Gierke, Otto: Deutsches Privatrecht, Bd. 3, München und Leipzig 1903.

Hartmann: im Archiv für die ziv. Praxis, Bd. 122/131.

Henneberg: Die Stellung des Bürgen im Konkurse des Hauptschuldners, in LZ. 1911 S. 268.

Hoelder: Die Ablösung der Vertragspartei durch einen Dritten, im „Recht" 1908, S. 469 ff.

Hopmann: Teilbürgschaft und Konkurs des Hauptschuldners in LZ. 1912 S. 730.

Jaeger: Komm. zur Konkursordnung, Bd. 1, 6./7. Aufl., Berlin und Leipzig 1931, Bd. 2 6./7. Aufl., Berlin und Leipzig 1936.

Jörs: Römisches Recht: Geschichte und System des römischen Privatrechts, Berlin 1927.

Jörs-Kunkel: Römisches Privatrecht, Berlin 1935, 2. Aufl.

Kersting: Das Recht der deutschen Versicherung, Berlin 1938.

Koban: Der Regreß des Bürgen und Pfandeigentümers nach österreichischem und deutschem Recht, 1904.

Kommentar der Reichsgerichtsräte zum bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. I, 7. Aufl., Berlin 1929, Bd. II, 7. Aufl., Berlin 1929; Bd. 3, 6. Aufl. Berlin und Leipzig 1928.

Kremer: Die Mitbürgschaft 1902.

Krings: Der Forderungsübergang im bürgerl. Gesetzbuch, 1936.

Kübler: Geschichte des römischen Rechts, Leipzig und Erlangen,1 925.

Langheineken: Der verhaltene Anspruch, in Festschrift für v. Brüneck, 1912, S. 49.

Lent: Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht und Zivilprozeß. Bd. 1, 1912.

Lehmann: Komm. zur Reichsversicherungsordnung, Bd. 5, Berlin 1912.
Lippmann: Das bürgerl. Gesetzbuch über Einheits- und Mehrheitsschuld in Bürgschaft und Gesamtschuld. Im Arch. f. d. ziv. Praxis, Bd. 111 S. 171 ff.
Martinius: Entsprechende Anwendung des § 774 Abs. 2 im Falle des § 1225 BGB. In DJZ. 1903/543.
Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. 2, Berlin und Leipzig 1888.
Oertmann: Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 1, 3. Aufl., Berlin 1927; Bd. 2, 1. Abt., 5. Aufl., Berlin 1928; 2. Abt., 5. Aufl., Berlin 1929.
— Anm. zum Urteil des OLG. Frankfurt a. M. in JW. 1932/200.
Planck: Komm. zum Bürgerl. Gesetzbuch. Bd. II, 1. Hälfte, 4. Aufl., Berlin 1914; Bd. II, 2. Hälfte, 4. Aufl., Berlin und Leipzig 1928; Bd. III, 4. Aufl., Berlin und Leipzig 1920; Bd. IV, 4. Aufl., Berlin und Leipzig 1928.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Etnwurfs des BGB., Berlin 1897.
Rudorff, Otto: Die Ausgleichsforderung des Bürgen gegen Mitbürgen im Arch. f. d. ziv. Praxis, Bd. 101, S. 403.
Schmidt: Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerl. Recht, München 1915.
— Unechte Solidarität in Jher. Jhb. für die Dogmatik des bürgerl. Rechts, Bd. 72, S. 1.
Schröder-Künssberg: Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte, 7. Aufl., Berlin und Leipzig 1932.
Schulz: Rückgriff und Weitergriff. Studien zur gesetzlichen und notwendigen Zession. Arch. f. ziv. Praxis. Breslau 1907.
— Die Reichsversicherungsordnung, 4. Aufl., Berlin 1924.
Sellner: Zur Auslegung des § 1225 BGB. im „Recht" 1904, S. 477.
Siber: Der Rechtszwang im Schuldverhältnis, Leipzig 1903.
Stammler: Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgem. Lehren. Berlin 1897.
Staub: Komm. zum HGB., 4. Bd., 14. Aufl., Berlin und Leipzig 1933.
v. Staudinger: Komm. zum Bürgerl. Gesetzbuch, Bd. II 1. Teil, 9. Aufl., München-Berlin und Leipzig 1930, Bd. 3, 2. Teil, 9. Aufl., München, Berlin, Leipzig 1926, Bd. 3, 2. Teil, 10. Aufl., München, Berlin, Leipzig 1936.
Stein-Jonas: Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, Bd. 2, 14. Aufl., Tübingen 1929.
Stillschweig: in JW. 1917 S. 845 Anm. zur Ausführung v. Zitelmann.
Strohal: Zur Lehre vom Eintritt des Bürgen und des Drittverpfänders in die Rechte des befriedigten Gläubigers nach BGB. in DJZ. 1903 S. 373.
Tacken: Ausgleichsanspruch des Mitbürgen 1908.
Vogel: Die gesetzlichen Beschränkungen des Forderungsübergangs im Versicherungsrecht in JW. 1921 S. 506
Warneyer: Kommentar zum BGB., 2. Aufl., 1932.
Weissbart: Das Befriedigungsrecht Dritter in der Zwangsvollstreckung, 1899.
Westerkamp: Bürgschaft und Schuldbeitritt 1908.
Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl., Frankfurt a. M. 1906.
Zitelmann: Kann der Bürge, welcher die verbürgte erststellige Hypothekenforderung ablösungsweise bezahlt hat, trotz § 774 Abs. 1 S. 2 BGB. den Übergang im Range vor einer weiteren, demselben Gläubiger auf dem Pfandobjekte zustehenden Nachhypothek geltend machen? in JW. 1917/844.
— Zur Auslegung der Bestimmung, daß der kraft Gesetzes erfolgende Übergang einer Forderung nicht zum Nachteile des früheren Gläubigers geltend gemacht werden kann. In Seuff. Bl. f. Rechtsanwendung 1909 S. 77 ff.

EINLEITUNG.

Die Tatbestände des gesetzlichen Forderungsüberganges.

Übertragung einer Forderung oder cessio legis liegt vor, wenn eine Forderung auf Grund eines Tatbestandes ohne Abtretungsvertrag kraft Gesetzes (ipso iure) auf einen neuen Gläubiger übergeht. Das Gesetz enthält eine Anzahl derartiger Fälle, so folgende des BGB.:

§ 268 Abs. 3: Befriedigung eines Gläubigers auf Grund des sogenannten Ablösungsrechts;

§ 426 Abs. 2: Die Ausgleichung unter Gesamtschuldnern;

§ 774 Abs. 1: Übergang der Forderung gegen den Hauptschuldner auf den Bürgen;

§ 1143 Abs. 1: Übergang der Forderung des Hypothekengläubigers auf den befriedigenden Eigentümer, der nicht persönlicher Schuldner ist;

§ 1150: Das Ablösungsrecht bei Grundstücken;

§ 1164 Abs. 1: Übergang der Hypothek auf den den Gläubiger befriedigenden persönlichen Schuldner, der vom Eigentümer oder dessen Rechtsvorgänger Ersatz verlangen kann;

§ 1182: Übergang der Hypothek an einem der durch eine Gesamthypothek belasteten Grundstücke auf den Eigentümer des Grundstücks, aus dem die Befriedigung des Gläubigers erfolgt ist;

§ 1225: Übergang der Forderung auf den Verpfänder einer beweglichen Sache, der nicht persönlicher Schuldner ist;

§ 1249: Ablösung eines Pfandes;

§ 1607 Abs. 2: Anspruch des unterhaltsgewährenden Verwandten gegen den zunächst Verpflichteten;

§ 1709 Abs. 2: Der Übergang des Anspruchs des Kindes auf Unterhalt auf die den Unterhalt gewährende Mutter gegen den Vater.

Aus unserer Betrachtung auszuscheiden sind nachstehende, äußerlich in ihrer gesetzlichen Regelung vorstehenden Fällen gleichende, in Wirklichkeit aber keine innere Verwandtschaft aufweisende Tatbestände des BGB.

Erwirbt der Mann mit Mitteln des eingebrachten Gutes eine Forderung, so geht diese gemäß § 1381 Abs. 2 BGB. auf die Frau über, sofern für die Übertragung der Forderung ein Abtretungsvertrag genügen würde. In diesem Falle tritt zwar der Rechtserwerb der Frau ohne des darauf gerichteten Willen des Dritten ein. Gleichwohl ist dieser Fall sehr verschieden von den übrigen. Denn hier erfolgt

die unfreiwillige Forderungsübertragung kraft der Zugehörigkeit der Forderung zu einem Vermögen (eingebrachtem Gut der Ehefrau), kraft des Gedankens der rechtlichen Einheit eines Vermögens (Surrogation) [1]).

Das gleiche gilt für den Fall des § 1646 BGB.

Weiterhin weist das Gesetz mehrere Fälle auf, bei denen der Forderungsübergang auf Grund eines vorher geschlossenen Ehevertrages, also auf Grund eines bereits vorher erklärten Willens der Parteien erfolgt, so in den §§ 1438, 1519 Abs. 2, 1549 BGB.

Aber auch aus folgendem Gesichtspunkt müssen diese Fälle aus dem Rahmen unserer Untersuchung fallen. Das bei Eintritt der allgemeinen Gütergemeinschaft vorhandene Vermögen wird mit ihrem Eintritt von selbst Gesamtgut, ohne daß es einer rechtsgeschäftlichen Übertragung der einzelnen Gegenstände bedarf, z. B. der Abtretung der Forderung. Die gesamte Hand erwirbt beide Vermögen durch Universalsuccession [2]).

Nicht in den Rahmen dieser Arbeit fallen weiterhin die Fälle der §§ 281 Abs. 1 BGB. und 894 I ZPO., da die Anordnung der Verpflichtung zur Rechtsabtretung noch nicht den Forderungsübergang selbst darstellt. Das ist vielmehr ein Fall des von Schulz [3]) benannten „Weitergriffs", der sehr wohl von denen des „Rückgriffs" zu trennen ist.

Tritt er nach Rechtskraft des Urteils gemäß § 894 ZPO. ein, so kann von einem Übergang kraft Gesetzes in dem hier zu prüfenden Sinne nicht gesprochen werden, da auch dieser Übergang mit, wenn auch erzwungenem Willen der Partei erfolgt ist; denn gemäß § 894 gilt die Erklärung mit Rechtskraft als abgegeben.

Endlich sind hier die Fälle der erbrechtlichen Gesamtrechtsnachfolge nicht zu behandeln. Denn in diesem Falle erfolgt die unfreiwillige Forderungsübertragung „kraft des Gedankens der rechtlichen Einheit eines Vermögens" [4]).

Beim Tode des Erblassers geht dessen Vermögen als Ganzes kraft Erbrechts auf den Erben über und damit auch die dazu gehörigen Forderungen. Die Forderungen gehen somit als Teil der Erbmasse auf den Erben über, ohne daß es einer Übertragung der einzelnen Vermögensbestandteile bedarf.

Aufzuführen sind ferner gesetzliche Forderungsübertragungen in anderen Reichsgesetzen. §§ 411, 441 HGB. sind Fälle des gesetzlichen Forderungsübergangs [5]). Wird nämlich der Spediteur von einem nachfolgendenSpediteur oder Frachtführer, der mit am Transport beteiligt war, hinsichtlich seiner Forderung gegen den Absender befriedigt, so geht die Forderung des Vormannes auf den zahlenden Nachmann kraft Gesetzes über.

---

1) so Schulz a.a.O. S. 2; Planck a.a.O. § 1381.
2) Wolff a.a.O. § 60 II 1.
3) Schulz a.a.O. S. 2.
4) so Schulz S. 2.
5) So Staub § 411 Anm. 2; § 441 Anm. 5.

Nach § 225 Abs. 2 KO. tritt beim Nachlaßkonkurs der Erbe, der eine Nachlaßverbindlichkeit berichtigt, soweit nicht die Berichtigung nach § 1979 des BGB. als für Rechnung des Nachlasses erfolgt gilt, an die Stelle des Nachlaßgläubigers. Auch hier wiederum der Forderungsübergang kraft Gesetzes [6]).

Besondere Beachtung erfordern und verdienen die Fälle der cessio legis im Versicherungsrecht wegen der gewaltigen Entwicklung des Versicherungswesens in den letzten Jahrzehnten. Zahlt nämlich der Versicherer die Versicherungssumme aus, so erhält er zwecks Rückgriffs die Ansprüche, die dem Versicherten aus dem Versicherungsfalle einem Dritten gegenüber entstehen. Die Art und Weise, wie diese Ansprüche auf den Versicherer übergehen — ob durch Übertragung kraft Gesetzes oder effectiver Zession —, ist jedoch nicht einheitlich für das ganze Versicherungsrecht geregelt. Es enthält vielmehr folgende einzelne Fälle der cessio legis. Hier bestimmt zunächst der § 67 Abs. 1 S. 1 VVG., daß, wenn dem Versicherungsnehmer ein Anspruch auf Ersatz des Schadens gegen einen Dritten zusteht, der Anspruch auf den Versicherer übergeht, soweit dieser dem Versicherungsnehmer den Schaden ersetzt [7]). Ebenso § 118 VVG.

Ähnliche Vorschriften finden wir in den öffentlich-rechtlichen Versicherungsgesetzen, wie Reichsversicherungsordnung, Angestelltenversicherung und Reichsknappschaftsgesetz. § 1542 RVO., der aus den noch bei Schulz [8]) aufgeführten Paragraphen verschiedener Versicherungsgesetze hervorgegangen ist, bestimmt, daß, soweit die nach der RVO. Versicherten oder ihre Hinterbliebenen nach anderen gesetzlichen Vorschriften Ersatz eines Schadens beanspruchen können, der ihnen durch Krankheit, Unfall, Invalidität, oder durch den Tod des Ernährers erwachsen ist, der Anspruch auf die Träger der Versicherung insoweit übergehe, als sie den Entschädigungsberechtigten nach der RVO. Leistungen zu gewähren haben.

Entsprechendes bestimmt der § 89 des Ang.Vers.Ges., § 105 Nr. 2 des Reichsknappschaftsgesetzes, § 218 des AAVG. (Gesetz vom 16. Juli 1927 über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung).

Dagegen wird bez. der Beziehungen der Versicherungsträger zueinander, der Invaliden- und Hinterbliebenenversicherung gegen die Unfallversicherung § 1522 RVO., dem Armenverband gegen die Krankenkasse §§ 1531, 1532, 1537 RVO. entgegen den früheren Bestimmungen § 113 Abs. 2 Inv.V.S., § 57 Abs. 2 Kr.V.S., die den Regreß durch die cessio legis vermittelten, nur Ersatzansprüche zugebilligt. Ebenso beim Regreß der Krankenkasse gegen die Unfallversicherung, §§ 1501, 1528 RVO., der Invalidenversicherung gegen die Krankenkassen § 1518 RVO.

---

6) so Jäger § 225 Anm. 9.

7) Auch für die Seeversicherung ist dieser Satz gesetzlich ausgesprochen §§ 804, 822 HGB., anders § 837 Abs. 2 HGB. § 45 Allg. D. Seeversicherungbedingungen; vgl. ferner die bei Kersting aufgeführten Fälle.

8) a.a.O. S. 7.

In den aufgeführten Tatbeständen handelt es sich jedesmal um einen Forderungsübergang, der, ohne besonderen Übertragungsakt, als nicht auf Grund des Willens der Beteiligten, sondern auf Grund des Gesetzes erfolgt ist, also um die Übertragung der Forderung kraft Gesetzes. Aufgabe dieser Arbeit soll nun sein, einen Gesamtüberblick über dieses Institut der Rechtsordnung zu geben. Es sollen zunächst die gemeinsamen tatbestandlichen und gesetzespolitischen Voraussetzungen geprüft und festgestellt werden, um somit eine Möglichkeit der Einordnung dieses Instituts in den Rahmen der Gesamtrechtsordnung zu finden. Dazu ist aber ein Überblick über die Geschichte des gesetzlichen Forderungsübergangs unerläßlich.

I. ABSCHNITT.

§ 1.

Die cessio legis in ihrer geschichtlichen Entwicklung.

a) Der älteste Regreß, der uns bekannt ist, ist der Regreß des zahlenden Bürgen gegen den Hauptschuldner. Das Recht zu einem Rückgriff des Bürgen auf den Hauptschuldner kann entweder auf das Bürgschaftsverhältnis als solches begründet werden, oder auf das diesem zugrunde liegende Kausalverhältnis (wie Auftrag usw.). Das römische Recht kannte die erste der beiden Möglichkeiten. Nach einem altrepublikanischem Gesetz, der lex Publilia [1]), erwuchs dem Sponsor, der den Gläubiger befriedigt hatte, ohne Rücksicht auf das Kausalverhältnis eine Strafklage auf das Doppelte, wenn ihm der Hauptschuldner nicht binnen 6 Monaten das Geleistete ersetzte (actio depensi) [2]). Dieser Erstattungsanspruch entwickelte sich aber aus dem Rechtsverhältnis zwischen dem Bürgen und Hauptschuldner. Ein unmittelbarer Übergang der Forderung des Gläubigers auf den zahlenden Bürgen, die eine Heranziehung des Kausalverhältnisses zwischen Bürgen und Schuldner erübrigen würde, ließ die Starrheit und der Formalismus des Römischen Rechts nicht zu. Ein Recht des Bürgen auf Zession kannte die klassische Zeit nicht [3]). Erst Justinian kam dem Bedürfnis nach einer Stärkung der Rechtsstellung des in Anspruch genommenen Bürgen entgegen und erkannte ein Recht des Bürgen auf Abtretung der Hauptforderung (beneficium cedendarum actionum) für diejenigen Fälle an, in denen der Bürge ausnahmsweise an erster Stelle zu leisten verpflichtet war [4]).

---

1) wohl das älteste von allen Gesetzen, die dem Schutze der Bürgen zu dienen bestimmt waren, so Kübler a.a.O. S. 170.
2) Jörs, Röm. Recht S. 216 mit Quellennachweis. Gai. 3, 127; 4, 22.
3) vergl. Joers a.a.O.
4) Joers a.a.O. mit Quellenangabe.

Schwierigkeit bereitete dabei, daß mit der Zahlung des Bürgen die Hauptschuld getilgt war. Dieser Schwierigkeit suchte man dadurch zu entgehen, daß man die Leistung des Bürgen als ein Abkaufen der Ansprüche des Gläubigers ansah[5]).

Hinsichtlich des Regresses des zahlenden Bürgen gegen seinen Mitbürgen wissen wir, daß durch eine lex Apuleia unter mehreren Sponsoren oder Fidepromissoren, die sich für denselben Schuldner verbürgt hatten, eine Art Gesellschaftsverhältnis begründet wurde, sodaß derjenige von ihnen, der mehr als seinen Kopfteil gezahlt hatte, gegen die Übrigen einen Regreßanspruch erhielt[6]).

Man sollte annehmen, daß es von der lex Publilia und Apuleia nur noch ein Schritt im Rahmen der Weiterentwicklung zu einer direkten Regreßklage gewesen sei. Wenn man gleichwohl sie dem Bürgen gegen den Hauptschuldner versagte, so liegt der Grund wohl in der dem römischen Recht (zur Zeit der Republik) eigentümlichen Abneigung, rechtsgeschäftliche Beziehungen zwischen Personen anzuerkennen, zwischen denen kein Rechtsgeschäft zustande gekommen ist.

b) Auch das gemeine Recht hat eine direkte Regreßklage nicht entwickeln können, sondern begnügt sich mit dem beneficium cedendarum actionum. Der Bürge kann das Geschuldete zurückhalten, bis ihm der Gläubiger seine Ansprüche gegen den Hauptschuldner mit deren Accessionen zediert. Er kann dieses Recht auch noch geltend machen, nachdem er bereits gezahlt hat. Daneben blieb sein Recht, aus dem zwischen ihm und dem Hauptschuldner bestehenden Kausalverhältnis Ersatz zu verlangen, bestehen[7]). War nun die Zahlung der Bürgschaftsschuld verlangt und hatte der Bürge die Zahlung geleistet, so wird sie (die Zahlung) wie Kaufgeld für den Erwerb der Forderung behandelt[8]).

c) Das BGB. hat jedoch die Einrichtung des beneficium cedendarum actionum nicht übernommen, sondern den auf deutschrechtlichen Ursprung zurückgehenden Übergang der Forderung kraft Gesetzes eingeführt. Nach germanischem Recht schiebt sich der Bürge zwischen den Gläubiger und den Hauptschuldner. Der Gläubiger kann sich nur an den Bürgen, dieser nur an den Hauptschuldner halten. „Welcher Mann Bürgen setzt, der ist schuldig für die Tat keinem Mann zu antworten außer dem allein, der sein Bürge wurde."[9])

Der Bürge hatte nicht eine akzessorische Verpflichtung neben dem Schuldner, sondern er übernahm als Einsteher die ausschließliche Haftung dafür, daß er den von jeder direkten Haftung befreiten Schuldner zur Leistung an den Gläubiger veranlassen werde. Dem Gläubiger haftete nicht der Schuldner, sondern der Bürge[10]). Der

5) Joers in 1. Auflage a.a.O. S. 147 Anm. 4.
6) Kübler a.a.O. S. 170 mit Quellennachweis.
7) Dernburg Pandekten II 80 N. 8, 49 N. 6. Windscheid 481 N. 7.
8) Dernburg II. 80 II 2.
9) so das Jütische Lov 2, 64 in Schröder a.a.O. § 35 Anm. 103.
10) Schröder a.a.O. S. 316.

Bürge wiederum hatte ein Pfändungsrecht gegen den Schuldner, von dem er nötigenfalls nach mehrfacher Zahlungsaufforderung Gebrauchmachen mußte. So im burgundischen, langobardischen, und auch im fränkischen Recht[11]). Allerdings konnte im fränkischen Recht der Gläubiger auch unmittelbar gegen den Schuldner vorgehen, aber nur unter Verzicht auf die Haftung des Bürgen; durch den Zugriff des Gläubigers auf den Schuldner wurde der Bürge befreit. Auch in der Folgezeit bis zur Rezeption des römischen Rechts übernahm der Bürge die unmittelbare Haftung, sodaß der Schuldner schon durch die Bürgenstellung befreit wurde. Hatte der Bürge geleistet, so stand ihm der Rückgriff gegen den Schuldner, bei Gesamtbürgschaft auch gegen seine Mitbürgen (nach Markzahl) zu[12]).

Das Zugriffsrecht des Gläubigers gegen den Schuldner löst sich also ohne weiteres von der Person des Gläubigers und geht mit der Bestellung der Bürgschaft sogleich dahin, wo es zur Ausgleichung der Vermögenslagen endgültig Verwendung finden kann.

Nach geltendem Recht (§ 774 BGB.) erwächst dieser Übergang des Zugriffsrechts auf den Bürgen zu einem Übergang der Forderung kraft Gesetzes auf Grund der durch den Bürgen erfolgten Befriedigung des Gläubigers[13]).

d) Die Geschichte des Versicherungsregresses verweist auf das Seeversicherungsrecht, da sich dort der Regreß des zahlenden Versicheres entwickelt hat. Schulz[14]) scheidet hier zwei Fälle und zwar, die Versicherungssumme wird

1. für den Verlust des Schiffes,
2. für die Beschädigung der versicherten Sache durch einen Dritten gezahlt.

Im ersteren Falle kann der Versicherer das Schiff, falls es nicht verloren gegangen ist, von jedem herausverlangen. Die Versicherung wird als Kauf des versicherten Schiffes gegen die Versicherungssumme als Kaufpreis aufgefaßt[15]).

Im zweiten Fall darf der Versicherer gegen den Dritten (den Schädiger) Regreß nehmen.

§ 2.

Die Konstruktionsversuche des gesetzlichen Forderungsübergangs und ihre Widerlegung.

Nach diesem geschichtlichen Rückblick wird es möglich sein, die Konstruktionsversuche der cessio legis zu betrachten und zu würdigen.

---

11) wie zu 10).
12) Schröder a.a.O. S. 802.
13) vergl. auch Allg. Landrecht 338, code civil 2029.
14) a.a.O. S. 25.
15) Bewer: Z. f. Handelsrecht Bd. 38, S. 385.

1. Die Rechtslehre hat den fortschrittlichen Geist des Gesetzgebers nicht begriffen und versuchte deshalb, der cessio legis auf gewohnten Wegen eine Erklärung zu geben, ohne aber dem Wesen dieses Institutes näher gekommen zu sein.

a) So findet zunächst die Idee des Forderungskaufes, die uns bereits im römischen, gemeinen Recht und in der Geschichte des Versicherungsrechts begegnet ist, auch heute noch ihre Anhänger. So erklären die Motive[16]): § 774 beruht auf der Unterstellung, daß der Bürge den Gläubiger nicht solvendi causa, sondern in der Absicht, die Forderung des Gläubigers zu erwerben, befriedigt, sodaß diese Forderung trotz der Befriedigung des Gläubigers bestehen bleibt. Desgleichen unterstellt Siber[17]) sowohl dem Bürgen als auch dem Gesamtschuldner (bei § 426 BGB.) den Willen, durch seine Leistung die Hauptschuld nicht zu erfüllen, sondern zu erwerben, „obwohl seine (des Bürgen) unmaßgebliche Rechtsansicht oft dahin gehen wird, daß er die Hauptforderung erfülle und damit tilge". Er verweist hierbei auf das beneficium cedendarum actionum, daß auch hier die Leistung den Kaufpreis für die actio darstelle. Auch in den Fällen des sog. Ablösungsrechtes will er den Gläubigerwechsel durch diese Unterstellung erklären. Jedoch weist er selbst auf die Bedenken, die dieser Lehre entgegenstehen, hin. Es geht zu weit, wenn man dem Bürgen oder Ablösungsberechtigten einen Willen unterschiebt, den er gewiß nicht hat. Wie kann man sich einen derartigen Willen im folgenden Fall vorstellen: Der Bürge hat eine Forderung gegen den Gläubiger. Der Gläubiger rechnet nun mit der ihm gegen den Bürgen zustehenden Forderung unter Bestreiten der Zulässigkeit seitens des Bürgen auf.

Wie nun der Bürge hier trotz seines ausdrücklich entgegenstehenden Willens Gläubiger der Forderung werden kann, ist mit der Konstruktion des Forderungskaufes nicht zu erklären.

b) Dagegen erklärt Oertmann[18]), daß es auf den Willen des Bürgen nicht ankomme, daß selbst wider seinen Willen der Übergang eintrete. Er nimmt an (ebenso die vorherrschende Meinung in der Literatur[19])), daß der Bürge nicht sowohl die Schuld des Hauptschuldners, sondern seine davon verschiedene eigene Schuld tilge. Dadurch werde die Forderung gegen den Hauptschuldner nicht vernichtet, sondern bleibe bestehen. Sie sei formell als solche nicht gezahlt und materiell sei ihr Zweck wegen der Rückgriffsfrage noch nicht voll erfüllt. Dieser weitere der Obligation innewohnende Zweck, den Regreßinteressen des Bürgen zu dienen, soll sich nach Hartmann[20]) nunmehr geltend machen.

---

16) Siehe Motive II. S. 674.
17) Siber, a.a.O. S. 248.
18) Oertmann a.a.O. § 774, 1, b.
19) Goldmann Lilienthal a.a.O. S. 820; Planck a.a.O. § 774 Anm. 1, dort weiterer Literaturnachweis.
20) Hartmann bei Schulz a.a.O. S. 27.

Es ist jedoch keine Lösung des Problems, wenn der Obligation plötzlich nach ihrer Erfüllung durch den Bürgen ein ganz anderer Zweck unterschoben wird als der ursprünglich bei ihrer Begründung vorhandene. Mit dem ursprünglichen Zweck hat der angeblich weiter zur Obligation gehörige Rückgriffszweck nicht das geringste zu tun[21]). Er wird nicht einmal als Nebenzweck ursprünglich darin enthalten sein. Denn Zweck und Umfang einer Verbindlichkeit wird stets von dem Parteiwillen bestimmt. Ein dahingehender Wille der Parteien wird aber regelmäßig nicht vorhanden sein.

c) Erwähnenswert ist in diesem Zusammenhange die Theorie Lippmanns[22]). Nach ihm soll dem zahlenden Bürgen gegenüber der Gläubiger immer noch formell Herr in der Obligation bleiben, indem der Forderungsübergang ihn dem Bürgen gegenüber zu nichts verpflichtet, der Gläubiger seinen Willen einem entgegenstehenden Willen des Bürgen entgegensetzen kann. Es geht zu weit, den Übergang der Forderung nur „formell„ sein zu lassen; das trifft schon wegen der etwaigen Nebenrechte, die kraft Gesetzes mit der Forderung übergeben, nicht zu[23]).

Mit dem Begriff der „Subrogation" arbeitet Crome[24]) und greift damit offenbar auf das Allgemeine Landrecht 338 und auf den code civil 2029 zurück. Die Regreßforderung ist die Forderung, die der befriedigte Gläubiger gegen den Schuldner gehabt hat, und der Unterschied ist nur der, daß es keiner Zession mehr bedarf, sondern der zahlende Bürge ohne weiteres mit der Zahlung in die Rechte des Gläubigers „subrogiert" wird. Wenn aber der code civil hier nicht förmlich von einem Forderungsübergang kraft Gesetzes spricht, sondern mit dem Begriff der „Subrogation" arbeitet, so sind dieses schließlich nur verschiedene Worte. Ein Fortschritt ist mit dieser Bezeichnung nicht gemacht worden, die Schwierigkeiten der Lösung bleiben nach wie vor bestehen.

d) Im Versicherungsrecht glaubt Ehrenberg[25]) den Regreß des Versicherers folgendermaßen erklären zu können:

Durch die Zahlung der Entschädigungssumme erfüllt der Versicherer seine vertragsmäßige Verpflichtung gegenüber dem Versicherungsnehmer, er erfüllt nicht die Schadensersatzpflicht des dritten Schädigers. Beide bestehen nebeneinander[26]). Insbesondere wird der dritte Schädiger durch die Zahlung des Versicherers an den Verletzten nicht von einer ihm obliegenden Schuld befreit. Da der Versicherte somit den Anspruch gegen den Dritten behalten würde und damit die Gefahr einer doppelten Entschädigung, die eine ungerechtfertigte Bereicherung bedeuten würde, besteht[27]), daher bestimme

21) so auch Siber a.a.O. S. 250.
22) Lippmann a.a.O. S. 173.
23) so auch Oertmann § 774, 1, b.
24) Crome, a.a.O. S. 343 ff.
25) Ehrenberg a.a.O. S. 659 und 649.
26) vergl. Bruck, S. 666.
27) Seuff. Arch. Bd. 47, Nr. 14; Ehrenberg a.a.O. S. 649; Lehmann § 1542 Anm. 3.

§ 67 VVG., daß der Entschädigungsanspruch auf den Versicherer übergehe[28]).

Es ist zuzugeben, daß die Verpflichtung des Bürgen und die des Hauptschuldners ebenso wie die des Versicherers und des dritten Schädigers auf verschiedenen Rechtstiteln beruht. Auch erfüllen sie mit ihrer Zahlung zunächst nur ihre eigenen Verpflichtungen. Es fragt sich aber, ob das Geleistete nicht auch auf den anderen Titel in Anrechnung zu bringen ist? Das ist nach der Ansicht Schulz[29]) zu bejahen. Danach befreit die Leistung des Bürgen auch den Hauptschuldner. Ebenso wird doch durch die Leistung des Versicherers der Schaden beim Versicherten gedeckt, sodaß also der Schadensersatzanspruch des Versicherten gegen den Schädiger entfällt, da ja kein Schaden mehr vorhanden ist[30]).

Diese Lehrmeinungen verkennen jedoch, daß die cessio legis nicht auf einem zwingenden Gedankenschluß beruht. Der Bürge verpflichtet sich, für die Schuld eines anderen, die Hauptschuld einzustehen[31]). Verfehlt ist deshalb der Streit, ob der Bürge, wenn er leiste, die Schuld des Hauptschuldners oder die eigene erfülle; denn beides ist richtig: Er erfüllt die Schuld des Hauptschuldners und erfüllt dadurch zugleich die eigene Verpflichtung, die eben auf Herbeiführung des Erfolges, daß die Hauptschuld erfüllt werde, gerichtet ist[32]).

Selbst wenn man der Lehre Oertmanns folgen wollte, also annehmen würde, daß der Bürge nur seine eigene Verbindlichkeit zum Erlöschen bringe, die Hauptschuld aber bestehen bleibe, so hat man doch noch keine Erklärung dafür, warum § 362 BGB. nicht zur Anwendung kommt, ferner aus welchen Gründen und auf welche Weise (abgesehen von der gesetzlichen Regelung) die Forderung auf den Bürgen hinüberwechselt.

2. Während diese Lehrmeinungen die Regreßforderung als die übertragene Gläubigerforderung auffassen, bricht unsere neueste Rechtslehre mit der alten Denkform der cessio legis, indem sie die Regreßforderung als einen neuen selbständigen Ersatzanspruch ansieht.

a) So sieht Stammler[33]) in dem Rückgriffsanspruch einen vollständig neuen, vom Gesetz dem zahlenden Bürgen gegebenen „gesetzlichen Ersatzanspruch". Ebenso spricht Endemann[34]) von einem neuen Ersatzanspruch, der vom Gesetz gewährt werde. Daß sich der kraft Gesetzes überwiesene Regreßanspruch wesentlich von den ande-

28) Genau so sucht man die Abtretung der Ersatzansprüche des § 255 zu begründen, Ehrenberg a.a.O.
29) Schulz S. 29.
30) Anders bei der Lebens- und Unfallsversicherung, da dieser Gesichtspunkt nur bei Schadenversicherung Platz greift. Ehrenberg S. 649.
31) v. Gierke, a.a.O. III. S. 775 Anm. 32.
32) so Enneccerus-Lehmann a.a.O. § 188 I 2 Anm. 2.
33) Stammler S. 203.
34) Endemann a.a.O. S. 871.

ren Ersatzansprüchen z. B. des Geschäftsführers unterscheidet, erkennt auch Stammler. Es handelt sich zwar um einen „gesetzlich" zugebilligten Anspruch, jedoch ein ursprünglicher Rechtserwerb seitens des Bürgen liegt nicht vor. Der Bürge erwirbt vielmehr kraft Gesetzes die bestehende Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner, wenn auch der übergegangene Anspruch in einzelnen Beziehungen z. B. bez. der Sicherheiten nicht mehr als der alte erscheint und gewissen Veränderungen unterworfen ist, so lassen sich diese aus den besonderen Umständen erklären, die eine Anpassung des Anspruchs wegen der verschiedenen Interessen der Parteien erfordern.

b) Schulz [35]) geht bei seinem Erklärungsversuch von dem Begriff der „fremden Verbindlichkeit" aus. Eine rechtsgeschäftliche Schuld ist für ihn dann eine fremde, wenn das Äquivalent dafür einem andern versprochen oder geleistet worden ist. Dabei soll es gleichgültig sein, ob der Verpflichtete selbst in den Schuldnexus eingetreten ist oder nicht, ob die Schuld auch formell eine fremde ist.

Bei den Unterhaltspflichtigen des Familienrechts gibt schon das Gesetz eine Abstufung für die Nähe mehrerer Unterhaltspflichtigen zu ihrer Schuld. Leistet somit jemand den Unterhalt, obwohl eine Person vorhanden ist, die nach dieser Abstufung zur Unterhaltspflicht näher steht, so tilgt er eine fremde Verbindlichkeit.

Bei Schadensersatzpflicht, sei es vertragliche oder außervertragliche, ist die Verbindlichkeit für jemanden dann eine fremde, wenn ein anderer zur Ersatzpflicht näher steht. So soll auch der Versicherer (auch in der Sozialversicherung) eine fremde Verbindlichkeit, nämlich die des schädigenden Dritten, erfüllen; und zwar soll die Leistung des Versicherers nicht schlechthin als Zahlung der Versicherungssumme, sondern als Vorschuß für den dritten Schadensstifter anzusehen sein [36]).

Er [37]) stellt dann für die Naheverhältnisse zur Schadensersatzpflicht folgendes Schema auf:

1. Deliktisches Verschulden.
2. Kontraktliches Verschulden.
3. Schuldhafte mittelbare Verursachung.
4. Haftung für Verschulden des Gehilfen.
5. Ersatzpflicht gegen Erhalt eines Äquivalents.
6. Die übrigen Haftungstatbestände.

Für die Angehörigen der Gruppen von 2 bis 5 soll die Schadensverpflichtung stets eine fremde sein, wenn Angehörige einer näheren Gruppe vorhanden sind. Auf Grund dieses Ergebnisses seiner Untersuchung und weil das Gesetz in einer Reihe von Fällen aus der Erfüllung fremder Verbindlichkeiten einen Regreßanspruch hervorgehen läßt, stellt er folgenden Grundsatz auf: „Die Erfüllung frem-

35) Schulz a.a.O. S. 32 ff.
36) Schulz S. 34.
37) Schulz S. 38.

der Verbindlichkeiten erzeugt stets einen Regreßanspruch gegen denjenigen, für den die Verbindlichkeit eine eigene ist."[38]) Er verneint endlich, daß der Regreßanspruch die zedierte Gläubigerforderung sei; er hält ihn vielmehr für einen Anspruch auf Ersatz von Aufwendungen, „nur daß sich Art und Maß des Ersatzes hier nicht wie sonst bestimmt nach der Lücke, die in das Vermögen des Ersatzberechtigten gerissen, sondern nach dem Plus, um welches das Vermögen des Ersatzpflichtigen vergrößert worden ist."[39])

Aber auch auf diesem Wege ist es nicht möglich, einen einheitlichen Gesichtspunkt für den Eintritt des gesetzlichen Forderungsübergangs zu finden. Ein so eingeschränkter Aufwendungsanspruch wäre im Grunde kein Aufwendungsanspruch mehr. Ein solcher ist nur in den „besonderen" Fällen (Schulz S. 101), wo ihm eine Kausalbeziehung zwischen Aufwender und Pflichtigen zugrunde liegt, anzuerkennen; in den übrigen „allgemeinen" Fällen dagegen ist der Gedanke der Aufwendung nur der rechtspolitische Grund der Bestimmungen, nicht das dogmatisch verwertbare Konstruktionsmittel[40]). Schulz gibt ferner selbst zu, daß die Gedanken, die zu einer allgemeinen Zulassung des Regresses drängen, im Grunde dieselben sind, die zur Aufstellung der Bereicherungsklagen und der Ansprüche aus Geschäftsführung geführt haben[41]). Ungeklärt bleiben aber die Beziehungen des Regreßanspruches in der Form der übergegangenen Forderung zu den allgemeinen Ersatzansprüchen. Richtig ist der Grundsatz[42]), daß eine Schuld von dem Vermögenskreise getragen werden muß, in den das Äquivalent geflossen ist. In der Mehrzahl aller Fälle werden dem Rückgreifenden aber schon auf Grund vertraglicher Beziehungen zum Schuldner Ansprüche zustehn, durch die er das vom befreiten Schuldner zurückholen kann, was er diesem vorgeschossen hat.

Auch bei der Unterscheidung der Haftung für materiell eigene und fremde Schuld muß doch immer auf das die Regreßpflicht begründende Verhältnis selbst zurückgegangen werden[43]).

3. Wir haben so gesehen, daß die Versuche einer Erklärung der cessio legis aus ihrer geschichtlichen Entwicklung wie auf dem Wege der Rechtsvergleichung zum Scheitern verurteilt waren. Der Grund ist darin zu sehen, daß das Institut der cessio legis nicht „gewachsen" ist, also nicht das Endglied einer geschichtlichen Entwicklung darstellt, sondern vom Gesetzgeber geschaffen ist. Daher hatten Versuche, die auf das römische oder gemeine Recht (mit dem beneficium cedendarum actionum) oder auf das Allgemeine Landrecht (ebenso code civil) zurückgegriffen, von vornherein keine Aussicht auf Erfolg. Aber aus demselben Grunde mußte auch den weiteren Kon-

38) Schulz S. 39.
39) Schulz S. 41.
40) Oertmann a.a.O. § 255 Anm. 1.
41) Schulz S. 39.
42) Schulz S. 39.
43) Enneccerus-Lehmann § 95 Anm. 5.

struktionen der Erfolg versagt bleiben. Die cessio legis in dieser Form ist ausschließlich, wie die Geschichte uns gezeigt hat, als eine Schöpfung neuerer Rechtsentwicklung anzusehen. Die rechtswissenschaftlichen Schwierigkeiten waren vornehmlich in der Fremdheit und Neuartigkeit der Regelung zu sehen. Dieses Institut hätte ohne Zweifel eine bessere Entwicklung erlebt, wenn nicht seine Schöpfer, nachdem sie in wirklich fortschrittlicher Rechtssetzung dem Rückgriff des Bürgen usw. eine glückliche und entwicklungsfähige Form gegeben hatten, sich den Weg mit rechtswissenschaftlichen Bedenken des früheren Rechts verbaut hätten. Wir haben also bei dem weiteren Teil der Arbeit, nachdem die Wege der Auslegung sich als unzulänglich erwiesen haben, von den gesetzlichen Tatbeständen auszugehen. Unsere Aufgabe ist es, den Anwendungsbereich des gesetzlichen Forderungsübergangs uns vor Augen zu führen und falsche Auslegungen zu berichtigen. Das Ergebnis dieser Prüfung wird zeigen, ob die Einrichtung des gesetzlichen Forderungsübergangs dem Neuaufbau des neuen bürerlichen Rechts hindernd oder förderlich ist, ob also dieses Institut in ein neues Recht zu übernehmen ist

Nach den Tatbeständen des Gesetzes, und zwar nach den verschiedenen Voraussetzungen des Eintritts, kann man zwei große Gruppen unterscheiden.

Unter der ersten Gruppe sind die Fälle des gesetzlichen Forderungsüberganges zur Vermittlung eines Rückgriffs gegen den Hauptschuldner zu fassen. Die Fälle der zweiten Gruppen bezeichnen wir als Tatbestände des gesetzlichen Forderungsüberganges zur Vermittlung eines Rückgriffs zwecks Ausgleichung unter mehreren nebeneinander geordneten fremden Verbindlichkeiten.

II. ABSCHNITT.

Bei dem gesetzlichen Forderungsübergang zur Vermittlung eines Rückgriffs gegen den Hauptschuldner haben wir zwei in ihren Voraussetzungen verschiedene Gruppen zu unterscheiden und zwar

1. die Tatbestände der persönlichen Haftung,
2. die des Ablösungsrechts (sachliche Haftung).

§ 1.

Die Tatbestände der persönlichen Haftung.

Hier tritt uns zunächst der § 774 BGB. entgegen, der bestimmt: Soweit der Bürge den Gläubiger befriedigt, geht die Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner auf ihn über. In diesem Satz tritt die cessio legis als Tatbestand der persönlichen Haftung am deutlichsten in Erscheinung; er enthält erschöpfend die Voraussetzungen, unter denen der Übergang der Forderung eintritt.

1. a) Die erste Voraussetzung ist naturgemäß die, daß der Zahlende auf Grund einer bestehenden Bürgschaftsverpflichtung den

Gläubiger befriedigt hat. Dieses muß erkennbar sein. Wenn der Bürge nicht als Bürge, sondern wie ein Dritter nach § 267 BGB. für den Hauptschuldner die Hauptschuld zahlt, so unterbleibt der Übergang der Forderung auf den Bürgen ganz, auch insoweit als die Bürgschaft reicht[1]).

Ebenso hat der Bürge, wenn er, der nur für einen Teil der Hauptschuld haftet, die Hauptschuld ganz bezahlt hat, soweit er über seine Bürgschaftsverpflichtung hinaus geleistet hat, keine anderen Rechte als ein Dritter, der nach § 267 eine fremde Schuld bezahlt[2]). § 774 findet in solchen Fällen keine Anwendung.

b) Weitere Voraussetzung des Übergangs ist die Befriedigung des Gläubigers. Dabei ist unerheblich, ob der Bürge, als er den Gläubiger befriedigte, schon vom Gläubiger in Anspruch genommen werden konnte, oder ob ihm noch die Einrede der Vorausklage zustand, oder ob er etwa schon in Anspruch genommen war. Ebenso ist jede Art der Befriedigung des Gläubigers zulässig. Die Befriedigung muß nur eine endgültige sein[3]). So geht die Forderung auf den Bürgen auch bei Leistung an Erfüllungsstatt (§ 364), bei Hingabe eines Wechsels an Zahlungsstatt, über. Wieweit Hinterlegung als Befriedigung des Gläubigers anzusehen ist, ergibt sich aus §§ 372 ff.; Hinterlegung zur Sicherheit genügt auf jeden Fall nicht[4]).

Zahlt der Bürge unter Bestreiten einer Verpflichtung nur zur Abwendung der Zwangsvollstreckung aus einem vorläufig vollstreckbaren Urteil, dann ist darin noch keine Befriedigung des Gläubigers zu sehen, und kann deshalb nicht der Übergang der Forderung eintreten. Auch im Wege der Aufrechnung mit einer dem Bürgen gegen den Gläubiger zustehenden Gegenforderung kann die Befriedigung erfolgen, ohne Rücksicht darauf, ob der Gläubiger selbst vom Bürgen schon eine Leistung verlangt hat[5]). Hierunter fällt aber nicht eine Aufrechnung mit einer dem Schuldner zustehenden Gegenforderung. In diesem Falle bietet der § 770 dem Bürgen genügend Schutz.

Im Falle des Erlasses der Forderung durch den Gläubiger sind zwei Fälle denkbar.

1. Der Gläubiger erläßt nur die Bürgschaftsforderung, dann geht die Forderung auf den Bürgen nicht über;

2. durch den Erlaß soll auch der Hauptschuldner befreit werden; auch in diesem Falle keine Anwendung des § 774, da keine Befrie-

---

1) Oertmann Erl. 1. b, Warneyer Erl. I zu § 774, Siber: a.a.O. S. 240; Kremer a.a.O. S. 131.

2) RG. in LZ. 1918, 909.

3) RG. 106, 311.

4) RG. 106, 311.

5) so überwiegende Meinung: RG. 53, S. 405; Oertmann § 770 Erl. 6; Jäger zu § 53 Anm. 9 KO.; Staudinger zu § 770 Nr. 1 b; A. M. Westerkamp, Bürgschaft und Schuldbeitritt, 1908 S. 402 ff., der die Aufrechnung des Bürgen allgemein erst von dem Zeitpunkt ab zulässig erachtet, in dem der Gläubiger ihn in Anspruch genommen hat, ebenso Langheineken in Festschr. f. v. Brünneck S. 49 ff., weil es sich um einen sog. „verhaltenen" Anspruch handle.

digung des Gläubigers durch den Bürgen vorliegt. Will also der Gläubiger die Forderung dem Bürgen zuwenden, so muß er sie ihm schon abtreten, ein Erlaß genügt nicht[6]).

Jedoch wird im Einzelfalle zu prüfen sein, ob in dem Erlaß, der nur zugunsten des Bürgen stattfindet, nicht in Wahrheit eine stillschweigende Abtretungserklärung zu finden ist[7]).

Beim vergleichsweisen Erlaß, wenn der Vergleich ein Entgegenkommen gegenüber dem Bürgen bedeuten sollte, wird man fast in allen Fällen eine Befriedigung durch den Bürgen annehmen müssen; denn aus dem Vergleich wird man eine derartig stillschweigende Abtretungserklärung ableiten können.

2. Unter diesen Voraussetzungen geht die Forderung des Gläubigers auf den Bürgen über. Dieser hat nun zwei Möglichkeiten, seinen Rückgriff gegen den Hauptschuldner durchzusetzen. Er kann zunächst auf das zwischen ihm und dem Hauptschuldner bestehende Rechtsverhältnis zurückgreifen. Liegt dem Bürgschaftsverhältnis ein Auftrag zu Grunde, so kann er gemäß § 670 Ersatz seiner Aufwendungen verlangen. Bei Geschäftsführung ohne Auftrag kommt § 683 zur Anwendung. Beim Nichtvorliegen vertraglicher Beziehungen können die §§ 812 ff. zum Zuge kommen. Der Bürge kann aber auch ohne Rücksicht auf dieses Rechtsverhältnis den Anspruch des Gläubigers gegen den Hauptschuldner nach § 774 erheben, da er freie Wahl zwischen beiden Ansprüchen hat[8]), sogar beide (miteinander verbunden) zugleich geltend machen kann[9]). Das ist von wesentlicher Bedeutung, da er mit der Klage auf Grund des Rechtsverhältnisses zum Hauptschuldner unter Umständen mehr verlangen kann, als ihm auf Grund der übergegangenen Forderung des Gläubigers zusteht, wie Schadensersatz[10]) oder den Ersatz von Aufwendungen und Zinsen (§§ 670, 683, 256). Der Bürge braucht sich in diesem Falle nicht, wie nach § 774 Abs. 1 Satz 2 entgegenhalten zu lassen, daß sein Vorgehen dem Gläubiger nachteilig sein würde[11]); ein Anspruch des Gläubigers nach § 812 wird hiervon nicht berührt. Der Schuldner hat aber alle Einwendungen, die ihm aus diesem Schuldverhältnis erwachsen[12]). Die verbürgte Forderung kann einer kürzeren Verjährung unterliegen, denn diese erleidet durch den Übergang keine Unterbrechung[13]). Eine Aufrechnung gegenüber der Rückgriffsforderung des Bürgen mit einer Forderung gegenüber dem befriedigten Gläubiger ist dem Hauptschuldner nicht gestattet[14]).

---

6) so Düringer-Hachenburg § 349 Anm. 51; RG. Warn. 1916 Nr. 50. A. A. Oertmann 774 Erl. 2 Staudinger Erl. 2 a und die dort angegebene Literatur, die in dems chenkweisen Erlaß eine „Befriedigung" sehen.
7) Schulz S. 60.
8) RG. 59, 207.
9) RG. in JW. 1907, 831.
10) RG. Warn. 1915, Nr. 278.
11) Planck § 774, 1 b.
12) RG. 102, 53.
13) RGR.Komm. § 774 Anm. 1.
14) RGR.Komm. § 774 Anm. 4.

Gegenüber der Rückgriffsforderung hat aber der Hauptschuldner auch die Einwendungen aus dem zugrundeliegenden Schuldverhältnis, jedoch mit der Maßgabe, daß ihn die Beweislast trifft.

Nach diesem Überblick über die Voraussetzung und Rechtsfolgen der cessio legis nach § 774 BGB. fragt es sich, ob der § 774 BGB. auf Grund seiner so eindeutigen und so eingehenden gesetzlichen Festlegung vielleicht als Grundtatbestand des gesetzlichen Forderungsübergangnges anzusehen ist, oder ob es sich tatsächlich nur um einen Sondertatbestand der Bürgschaft handelt. Ehe wir hierauf eingehen, müssen noch weitere Tatbestände in unsere Untersuchung einbezogen werden, um aus dem Vergleich der Tatbestände untereinander unsere Folgerungen zu ziehen.

§ 2.

Das Ablösungsrecht.

1. Wenn der Gläubiger die Zwangsvollstreckung in einen dem Schuldner gehörenden Gegenstand betreibt, so ist gemäß § 268 jeder, der Gefahr läuft, durch die Zwangsvollstreckung ein Recht an dem Gegenstand zu verlieren, berechtigt, den Gläubiger zu befriedigen. Die Forderung geht auf ihn über. Ablösungsberechtigt ist, wer Gefahr läuft, durch die Zwangsvollstreckung ein Recht an dem Gegenstand oder den Besitz zu verlieren. Die Befriedigung erfolgt durch Leistung, kann aber auch durch Aufrechnung und Hinterlegung erfolgen, § 268 Abs. 2. Eine Teilleistung kann der Gläubiger ablehnen. Betreibt er aber die Zwangsvollstreckung nur wegen eines Teiles der Forderung, so beschränkt sich das Recht des Dritten darauf, ihn wegen dieses Teiles zu befriedigen, und nur dieser Teil geht auf den Dritten über. Mit der Forderung gehen auch die Hypotheken oder Pfandrechte, die für sie bestehen, über, sowie die Rechte einer für sie bestehenden Bürgschaft[15]). Diese Wirkung ist an sich auch dann nicht ausgeschlossen, wenn zwischen dem Dritten und dem Schuldner ein Verhältnis bestand, kraft dessen der Dritte den Gläubiger zu befriedigen verpflichtet war. Doch steht dem Schuldner eine Einrede gegen die Forderung auf Grund des Verpflichtungsverhältnisses zu[16]).

2. a) § 1143 bestimmt: Ist der Eigentümer nicht der persönliche Schuldner, so geht, soweit er den Gläubiger befriedigt, die Forderung auf ihn über. Die für einen Bürgen geltenden Vorschriften des § 774 Abs. 1 finden entsprechende Anwendung. Dieser § findet also nur Anwendung, wenn der Eigentümer nicht der persönliche Schuldner, ist. Ist er selbst der persönliche Schuldner, so erlischt gemäß § 362 die Forderung durch die Befriedigung in der Regel und geht auf ihn gemäß §§ 1163 Abs. 1 Satz 2, 1177 Abs. 1 nur das dingliche

15) Schulz S. 74.
16) Staudinger zu § 268 I unentschieden Planck zu § 268, Anm. 7.

Recht als Grundschuld über[17]). Die Forderung geht über, ohne daß es einer Übertragungserklärung des Gläubigers, der Eintragung in das Grundbuch und bei der Briefhypothek der Übergabe des Briefes bedarf. Die Befriedigung gilt auch als erfolgt, wenn sie im Wege der Zwangsvollstreckung in das Grundstück bewirkt wird. Der Befriedigungswille des Eigentümers wird durch die Zwangsvollstreckung ersetzt[18]). Jedoch geht infolge der Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung auf den Eigentümer nur die Forderung, nicht auch die Hypothek über . Letztere erlischt vielmehr gemäß § 1181[19]).

b) Wie § 268 gegenüber dem persönlichen Gläubiger, der die Zwangsvollstreckung in einem dem Schuldner gehörenden Gegenstand betreibt, so gewährt § 1150 gegenüber dem Befriedigung aus dem Grundstücke verlangenden Hypothekengläubiger ein Ablösungsrecht. Nicht notwendig ist dabei, daß schon Zwangsvollstreckungsmaßnahmen eingeleitet sind; es genügt, daß der Gläubiger an den Eigentümer eine Zahlungsaufforderung gerichtet hat[20]). Die Erweiterung der Ablösungsbefugnis im Immobilienrecht bezweckt, dem Eigentümer die Kosten der Zwangsversteigerung zu ersparen.

3. a) Dem § 1143 entspricht für das Gebiet des Mobilienrechts die Vorschrift des § 1225[21]). Der Verpfänder einer beweglichen Sache, der nicht zugleich persönlicher Schuldner ist, steht dem Bürgen nah. Wie dieser hinsichtlich seines Vermögens, so muß der Verpfänder hinsichtlich der ihm gehörigen Sache den Zugriff des Gläubigers bei Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners befürchten, ohne daß ihm der wirtschaftliche Gegenwert der Hauptschuld zusteht. Die Forderung geht auch auf den Verpfänder über, der, ohne Eigentümer oder persönlicher Schuldner zu sein, den Gläubiger befriedigt hat.

b) Befriedigt sich dagegen der Gläubiger aus der dem Verpfänder nicht gehörigen Sache, so erwirbt der Pfandeigentümer, und nicht der Verpfänder die Forderung[22]). Eine ausdehnende Anwendung des § 1225 rechtfertigt sich aus dem Eigentümer aus § 1249 zustehenden Ablösungsbefugnis[23]). Auf jeden Fall wird, wenn man einen derartigen Forderungsübergang in diesem Falle verneinen und nur einen Bereicherungsanspruch zusprechen will, das Ergebnis das gleiche sein.

c) Der § 1249 regelt endlich das Ablösungsrecht der dinglich Berechtigten. Wer durch die Veräußerung des Pfandes ein Recht an dem Pfande verlieren würde, kann den Pfandgläubiger befriedigen, sobald der Schuldner zur Leistung berechtigt ist. Die für den Über-

17) RG. 80, 319.
18) streitig, so auch Planck zu § 1143, Anm. 2 c; Schulz S. 54; Wolff § 140, 2.
19) RG. 81, 78.
20) Planck, 1150 Anm. 1.
21) § 1225 ein „Ablösungsrecht" vergl. Wolff § 165 II.
22) so auch Schulz S. 55. A. M. Koban, Regreß S. 98.
23) Biermann, a.a.O. 1225 Anm. 3.

gang der Forderung auf den Bürgen entwickelten Grundsätze finden Anwendung, sowohl hinsichtlich der Befriedigung als auch des Übergangs.

§ 3.

Die Fälle der cessio legis zur Vermitlung eines Rückgriffs gegen den Schuldner im Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht.

Auch in den §§ 411 und 441 HGB. und § 225 KO. ist das Regreßrecht vom Rechte des befriedigten Gläubigers hergeleitet. Jedoch besteht in den Fällen der §§ 411 und 441 HGB. kein besonderes Rechtsverhältnis zwischen dem Regredient und dem Regressaten wie bei der Bürgschaft, auf das sich der Inhalt des Regreßanspruches stützen könnte. Der Rückgreifende muß aber auch hier das verlangen können, was der befriedigte Gläubiger vom Schuldner hätte verlangen können. Voraussetzung des Überganges ist auch hier das Bestehen einer Forderung[24]). Ebenso kann nach § 441 HGB. der letzte Frachtführer oder Spediteur die Rechte der Vormänner geltend machen als seine eigenen, doch als solche, die nicht in seiner Person entstanden sind[25]). Die rechtliche Kraft, der Rang und die Art der Geltendmachung der Befugnisse beurteilen sich daher aus dem Recht dessen, in dessen Person es entstanden ist, nicht aus der Person des letzten Frachtführers oder Spediteurs.

Im Falle des § 225 Abs. II KO. rückt der Erbe von Rechts wegen — cessio legis — in die Stellung des auf seine Kosten befriedigten Nachlaßgläubigers ein und erlangt damit dessen Forderung. Voraussetzung ist, daß er mit eigenen Mitteln, und nicht mit Nachlaßmitteln den Gläubiger befriedigt hat. Er erlangt die Forderung des Gläubigers so, wie sie diesem selbst zustand[26]), daher meist als schlichte Konkursforderung.

§ 225 II KO. unterscheidet sich von den übrigen Tatbeständen des gesetzlichen Forderungsüberganges insofern, als hier der Schuldner keine Person, sondern eine Vermögensmasse, der Nachlaß, ist. Dies kann aber an der Sachlage nichts ändern. Gleichwohl wird man § 225 KO. wie auch die §§ 411, 441 HGB. als Fälle des gesetzlichen Forderungsüberganges zur Vermittlung eines Rückgriffs gegen den Schuldner ansehen und demgemäß einordnen müssen.

Hierzu sind endlich auch die Fälle des Versicherungsrechts sowohl des privaten § 67 VVG., als auch des öffentlich rechtlichen § 1542 RVO.[27]) zu rechnen. Die Forderung geht gemäß § 67 VVG. über, soweit der Versicherer den Schaden ersetzt. Maßgeblich ist

24) JW. 1924, 1443.
25) Staub a.a.O. § 441 Anm. 5; Düringer-Hachenburg Bd. 3. §441 Anm. 6.
26) Jaeger a.a.O. § 225 Anm. 9.
27) so auch Schulz S. 34/35.

somit der Zeitpunkt, in dem der Schaden ersetzt wird[28]). Der Übergang des Anspruchs wird begrenzt durch die Höhe der geleisteten Entschädigung. Mit der Forderung gehen alle Rechte über.

Im Falle des § 1542 geht nach der neuesten Rechtsprechung des Reichsgerichts[29]) der Anspruch im Umfange des § 1542 Abs. 1 sofort mit der Entstehung über[30]). Hinsichtlich des Umfanges des übergehenden Anspruchs herrscht keine Einmütigkeit. Die überwiegende Meinung geht aber dahin, daß Gleichartigkeit bestehen muß, der Versicherungsträger also aus übergegangenem Rechte nur solche Ansprüche gegen den Schädiger geltend machen kann, die seinen Aufwendungen für den versicherten Geschädigten entsprechen[31]).

III. ABSCHNITT.

§ 1.

Der Gesamtschuldnerausgleich.

1. Stehen dem Gläubiger nicht der Hauptschuldner und ein Bürge, sondern mehrere Personen als Gesamtschuldner gegenüber, so kommt, wenn einer dieser Gesamtschuldner den Gläubiger befriedigt hat, § 426 Abs. 2 zur Anwendung: Die alte Gläubigerforderung geht auf den Zahlenden insoweit über, als er von den anderen an dem Schuldverhältnis Beteiligten Ausgleichung verlangen kann. Die Gesamtschuld ist an sich nur ein Verhältnis zwischen dem Gläubiger und den Gesamtschuldnern. Das Innenverhältnis unter den Gesamtschuldnern kann verschieden sein. Im Gegensatz zu den Fällen, in denen dem Gläubiger ein persönlicher Schuldner und neben diesem ein persönlich oder dinglich Haftender gegenüberstanden, wird hier der Übergang der Forderung durch den materiellen Ausgleichsanspruch im Innenverhältnis der Gesamtschuldner beeinflußt und zwar beschränkt. Voraussetzung des § 426 Abs. 2 ist das Bestehen eines Gesamtschuldverhältnisse. Zum Wesen der Gesamtschuld gehört, daß mehrere Schuldner zu der ganzen Leistung verpflichtet sind, der Gläubiger die Leistung nur einmal zu fordern hat, Die Gesamtschuld kann durch Rechtsgeschäft oder kraft Gesetzes entstehen. Der Grundsatz des § 426 Abs. 2 findet auch Anwendung, wenn für eine Forderung mehrere Bürgschaften bestellt worden sind, § 769. Das gleiche gilt für die Haftung der Miterben, § 2058, und den einfachen Schuldbeitritt. Schulden mehrere eine unteilbare Leistung, so tritt nach § 431 Gesamtschuldnerschaft ein. Weitere Fälle des BGB. sind bei unerlaubten Handlungen §§ 830, 840, beim

---

28) nach dem Hamb. Feuerkassengesetz vom 22. 5. 33 geht der Anspruch bereits mit Feststellung der Entschädigung über.
29) Kersting a.a.O. § 1542 Anm. 1.
30) Lehmann a.a.O. § 1542 Anm. 12; Kersting a.a.O. 1542 Anm. 1.
31) Schulz, RVO. zu § 1542 Anm. 5.

Verein, juristischen Person und Stiftung §§ 42, 53, 86, 88, 89, 54, vergleiche ferner §§ 1833, 1915; 2219; 419, 2382, 2385 usw. Weitere Fälle im HGB., § 202 und § 1004 ZPO. Ebenso bei der Doppelversicherung[1]), wo die Leistung der einen Versicherung die andere befreit, sind die Versicherungen einander nach Maßgabe der Versicherungssumme ausgleichspflichtig, § 59 VVG.

2. Die Ausgleichspflicht entsteht nicht erst durch die Befriedigung des Gläubigers[2]). Sie beruht vielmehr auf dem Gesamtschuldverhältnis selbst und ist schon mit dessen Entstehung gegeben. Sie kann daher durch Vereinbarung zwischen dem Gläubiger und einem der Schuldner nicht aufgehoben oder eingeschränkt werden.

a) Hinsichtlich der Höhe der übergehenden Forderung ist aus § 426 Abs. 2 nichts zu entnehmen; er regelt nur den Übergang der Forderung, nicht aber auch die Höhe. Während beim Rückgriff gegen den Hauptschuldner die Höhe der übergehenden Forderung durch den Umfang der Befriedigung („soweit der Bürge den Gläubiger befriedigt") feststeht, kann sie hier nur unter Heranziehung des Ersatzanspruchs des zahlenden Gesamtschuldners gegen die übrigen ermittelt werden. Hierfür sind in erster Linie die vertraglichen Beziehungen zwischen den Beteiligten maßgebend. Unerheblich ist es, ob die Vereinbarungen ausdrücklich oder stillschweigend getroffen worden sind. Eine stillschweigende Vereinbarung dieser Art wird sich häufig aus dem zwischen den Gesamtschuldnern bestehenden Rechtsverhältnis ergeben, das zu der Eingehung des Gesamtschuldverhältnisses geführt hat. Die Regelung der Regreßpflicht kann auch durch einseitige Rechtsgeschäfte, insbesondere durch letztwillige Verfügungen erfolgen[3]). Liegt keine wirksame rechtsgeschäftliche Regelung vor — z. B. der Auftrag ist nichtig — so ist eine Ausgleichungspflicht insoweit anzunehmen, als durch die Tilgung der Schuld ein Gesamtschuldner auf Kosten des anderen grundlos bereichert ist[4]). Auch hier ist „ein anderes bestimmt"; denn die Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung enthalten eine von der Bestimmung des § 426 abweichende Regelung der Frage. Die Unterscheidung zwischen materiell eigene und fremde Schuld[5]) läßt sich auf diese beiden Regreßgründe ohne weiteres anwenden.

b) Besondere Vorschriften bestehen sodann für viele auf Schadensersatz gerichtete Gesamtschuldverhältnisse. Bei Verbindlichkeiten aus unerlaubter Handlung steht der schuldhafte unmittelbare Verursacher der Schadensersatzpflicht näher, als der, der nur wegen Verletzung seiner Aufsichtspflicht haftet; dieser ist wieder vor demjenigen verpflichtet, der ohne jedes Verschulden haftet, § 829 (§ 840

1) Lehmann § 95. II 3. d. Ehrenberg zu § 59 VVG.
2) RG. 81, 418.
3) Lehmann § 95 Anm. 6.
4) Lehmann § 95 II 2.
5) Schulz a.a.O., Lehmann § 95 Anm. 5.

Abs. 2). Ebenso haftet der schuldhafte Verursacher dann für den Schaden im Innenverhältnis allein, wenn außer ihm noch ein weiterer als Tierhalter, Jagdberechtigter usw. haftet, § 840, Abs. 3. Aus diesen Vorschriften geht hervor, daß das Gesetz einige Haftungsgründe gegenüber anderen als überwiegend betrachtet, ein Gedanke, der auch in dem § 254 hervortritt und in § 17 Kraftfahrzeuggesetz und § 27 Luftverkehrsgesetz ausdrücklich ausgesprochen ist. Dieser für Schadensersatzverpflichtungen maßgebende Gesichtspunkt wird aber durch die Lehre von Schulz verdunkelt[6]; wenn auch eine Abstufung näherer und fernerer Ersatzverpflichtungen besteht, so berechtigt dies aber keineswegs dazu, sämtliche Haftungsgründe starr gegeneinander abzugrenzen. Die Staffelung, die aber in Wirklichkeit besteht, ist nicht starr, sondern abstimmbar. Das Gesetz bringt selbst die Durchbrechung der Rangabgrenzung durch die Bestimmung des § 254, der analog auf andere Fälle angewandt werden kann, in denen von mehreren Haftungsgründen einer als der überwiegende erscheint[7].

Es bedarf daher eines näheren Eingehens auf den § 254 BGB. Dieser § vermischt zwei Gesichtspunkte, die scharf voneinander zu trennen sind, nämlich den des Verschuldens und den der Verursachung. Er behandelt die sog. Unterbrechung des Kausalzusammenhanges und die sog. Kulpakompensation. Es ist hierbei zunächst der Grundsatz aufzustellen, daß die Ersatzpflicht nicht weiter reichen darf als die Kausalität. In den Fällen aber, in denen die eine gesetzte Bedingung zunächst eine zweite Bedingung auslöst, die ihrerseits den Erfolg erzeugt, ist aber der Begriff der Unterbrechung des Kausalzusammenhanges für § 254 nicht anwendbar. Erscheinen die beiden Bedingungen insoweit als gleichwertig, als sie beide zum Erfolg in adäquatem Zusammenhang stehen, so kann von einer Unterbrechung des Kausalzusammenhanges keine Rede sein. Es handelt sich dann um eine mittelbare und unmittelbare Ursache. Hierbei ist die Ersatzpflicht des mittelbaren Täters nicht ausgeschlossen[8]. Dasselbe ist der Fall, wenn die zweite die erste derart zurückdrängt, daß eine adäquate Verursachung durch diese nicht mehr vorliegt[9]. An ihre Stelle ist hier vielmehr der Begriff der vorwiegenden Kausalität zu setzen[10]. Es sind somit die Bedingungen gegeneinander abzuschätzen, welche von ihnen als die bedeutsamere und überwiegende erscheint, daß die andere in der Bewertung dagegen zurücktritt. Die Schadensersatzpflicht ist aber nicht allein nach dem Maße des überwiegenden Verschuldens zu beurteilen. Mitwirkendes Verschulden ist schon dann gegeben, wenn gesetzlich gebotene Sorgfaltspflichten vernachlässigt werden[11]. Über das Verhältnis des

6) Lehmann § 95 Anm. 5 und vergl. die dort angegebenen Fälle.
7) RG. 75, 256; 84, 430; RG. Gruchot 56, 583; RG. 102, 32.
8) RG. 69, 57; Seuff.A. 70, 57.
9) JW. 11, 754; 21, 741.
10) Oertmann § 254, 1 a.
11) RG. 100, 44.

Verschuldens zur vorwiegenden Verursachung gehen die Meinungen auseinander. Man wird jedoch bei der Bemessung der Schadensersatzpflicht es einmal auf die Größe des beiderseitigen Verschuldens, ferner auf den Anteil beider Beteiligten an der Verursachung abstellen müssen. Schwierigkeiten bereiten besonders die Fälle, in denen auf der einen Seite das überwiegende Verschulden, auf der anderen die überwiegende Verursachung liegt[12]). Eine weitere Behandlung dieser Streitfragen ist hier nicht am Platze. Diese Ausführungen dürften auch wohl genügen, die Unhaltbarkeit der Lehre von Schulz bei den Schadensersatzverpflichtungen aus unerlaubter Handlung darzutun.

c) Bei den Unterhaltspflichtigen des Familienrechts bedarf es nicht des Begriffs der materiell eigenen oder fremden Verbindlichkeit, da hier das Gesetz ausdrücklich alle vorkommenden Tatbestände erschöpfend geregelt hat. Hiernach kann eine Person, die Unterhalt geleistet hat, obwohl eine andere vor ihr verpflichtet war, gegen diese Rückgriff nehmen.

d) Im Versicherungsrecht bestimmt im Falle der Doppelversicherung der § 59 Abs. 2 Satz 1: Die Versicherer sind im Verhältnis zueinander zu Anteilen nach Maßgabe der Beträge verpflichtet, deren Zahlung ihnen dem Versicherungsnehmer gegenüber vertragsmäßig obliegt. Damit ist die Regel des § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB. durchbrochen und auf einem Umwege das gleiche Ergebnis herbeigeführt, als wenn jeder Versicherer dem Versicherungsnehmer von vornherein nur für einen entsprechenden Teil der Versicherungssumme haftet. Unter Doppelversicherungen dieser Art fallen auch die, bei denen die wechselseitige Kenntnis fehlt. Auch auf solche, in der Praxis sehr häufig[13]) vorkommende, unbeabsichtigte und unbewußte Doppelversicherungen findet § 59 VVG. Anwendung. Dies ist deshalb wichtig, da ohne besondere Vorschrift eine sog. unechte Gesamtschuld angenommen werden müßte, da jede Beziehung zwischen dem Versicherer fehlt. Doch hiervon später.

Bei der Lebens- und Unfallversicherung steht es dem Versicherer frei, sich Kapitalbeträge von beliebiger Höhe auszubedingen. Hier wird also die Höhe der Entschädigungssumme nicht durch den Schaden begrenzt. Der § 59 VVG. will aber eine doppelte Entschädigung verhüten. Er kann somit für diese Versicherungsarten nicht zur Anwendung kommen. Es findet somit bei diesen Versicherungsarten nicht Ausgleichung unter den mehreren Versicherungen statt, sondern Kumulation[14]).

Die sozialpolitische Gesetzgebung gibt keinen Ausgleich der Versicherungen untereinander, sondern regelt in verschiedenen Bestimmungen die Beziehungen der Versicherungsträger zueinander. Sie gewährt nur einen Ersatzanspruch, so der Invaliden- und Hinter-

12) vergl. Oertmann § 254, 1 b.
13) vergl. die Fälle bei Ehrenberg § 226, a. S. 490.
14) Ehrenberg § 225 und § 300.

bliebenenversicherung gegen die Unfallversicherung, § 1522 RVO., dem Armenverband gegen die Krankenkasse, §§ 1531, 1532, 1537 RVO., der Krankenkasse gegen die Unfallversicherung, §§ 1501, 1528 RVO., und der Invalidenversicherung gegen die Krankenkassen, § 1518 RVO.

e) Ist aber weder aus rechtsgeschäftlichen noch aus gesetzlichen Bestimmungen eine anderweitige Regelung zu entnehmen, so sind die Gesamtschuldner infolge des zwischen ihnen bestehenden Gemeinschaftsverhältnisses zueinander zu gleichen Anteilen verpflichtet, § 426 Abs. 1 BGB.

Der Rückgriff bei der echten Gesamtschuld ist auf die wechselseitigen Beziehungen der Schuldverpflichtungen zurückzuführen. Diese Verbindung der einzelnen Abligationen zueinander beruht auf einer Gemeinschaft des Zweckes[15]). Die Mehrheit von Schuldnern sind nach den Bestimmungen des Gesetzes oder durch ihren eigenen Willen zur Erreichung desselben Zweckes miteinander verbunden. Ihre einzelnen Verpflichtungen erscheinen daher nur als Mittel zur Erreichung des Gesamtzweckes[16]), welcher in der Sicherung und Befriedigung des Gläubigers zu erblicken ist.

2. Der Begriff der unechten Gesamtschuldnerschaft und seine Abgrenzung zur echten Gesamtschuldnerschaft ist sehr umstritten[17]). Man wird jedoch eine echte Gesamtschuld ablehnen und eine unechte annehmen müssen, wenn der Gedanke an eine derartige Zweckgemeinschaft ausgeschlossen ist.

Lehmann bringt hier das Beispiel vom Brandstifter und Versicherer, die nebeneinander für denselben Schaden als unechte Gesamtschuldner haften; eine Einheit des Zweckes soll deshalb hier nicht vorhanden sein, weil die Leistung des Versicherers nicht nur Entschädigung, sondern auch die Gegenleistung gegen die Prämien zu gewähren bezweckt. Deshalb soll kein Ausgleich zwischen Brandstifter und Versicherer stattfinden[18]). In diesem Falle ist aber m. E. die Erklärung von Schulz[19]) einleuchtender, der dem Versicherer gegen den Brandstifter Regreß gibt, da er eine fremde Verbindlichkeit erfüllt (vergleiche oben Seite 10), umgekehrt aber dem Brandstifter den Regreß verweigert, da dieser eine eigene Verbindlichkeit erfüllt. Daß es sich um eine fremde Verbindlichkeit handelt, geht auch aus folgendem Gedankengang hervor: Der Versicherer verpflichtet sich gegen Prämienzahlung für den Schaden des Versicherten aufzukommen, falls der Schädiger nicht zahlt. Zahlt nämlich dieser, so besteht keine Verpflichtung des Versicherers zur Zahlung. Die Versicherung ist also verpflichtet, für den Schädiger unter Umständen einzustehen. Das ist aber wiederum derselbe Gedanke, der

---

15) RG. 77, 323; 82, 430; Planck § 421, 1 b.
16) Lehmann § 90 II 2.
17) vergl. die bei Planck § 421, 1 b, aufgeführte Literatur.
18) Lehmann § 90, II. 3 und Anm. 12 und 13.
19) Schulz a.a.O. S. 56.

der Bürgschaft zu Grunde liegt. Wenn aber Lehmann[20]) die Gesichtspunkte der Lehre von Schulz für die Bürgschaft für anwendbar erklärt, so muß dies auch bei der Versicherung der Fall sein.

Auf Fälle der unechten Gesamtschuldnerschaft sind nun die Vorschriften über Gesamtschulden nicht ohne weiteres anwendbar, die Anwendung der Regeln über die Ausgleichung unter Gesamtschuldnern wird in der Regel ausgeschlossen sein[21]). Eine analoge Anwendung des § 426 hinsichtlich der Ausgleichung unter unechten Gesamtschuldnern ist jedoch damit nicht ausgeschlossen. Die Zulassung des gesetzlichen Forderungsüberganges wird sich jedoch nur auf ganz wenige, besondere Fälle beschränken müssen. Denn die gesetzlichen Bestimmungen der Gesamtschuld sind nicht nur im Interesse des Gläubigers, sondern auch der Schuldner geschaffen; die Gesamtschuldnerschaft bietet den einzelnen Schuldnern Vorteile, die mehreren Einzelschuldnern ohne ein derartiges Verhältnis versagt sind, so z. B. Zahlung hat befreiende Wirkung für alle, Ausgleichsmöglichkeit kraft Gesetzes im Innenverhältnis. Wo das Gesetz mehreren Einzelschuldnern diese Vorzüge verwehrt, verwehrt es ihnen zugleich die Besonderheiten des Rückgriffsrechtes der echten Gesamtschuld. In welchen Fällen man gleichwohl eine entsprechende Anwendung zuzulassen hat, kann grundsätzlich nicht festgelegt werden. Hierfür sind allein die jeweiligen Besonderheiten des einzelnen Falles ausschlaggebend[22]). Es ist aber besondere Vorsicht geboten, damit nicht im Wege der begrifflichen Auslegung Ergebnisse entstehen, die zwar nicht untragbar erscheinen, vom Gesetzgeber aber nicht gewollt sind.

§ 2.

Rückgriff und Ausgleich zwischen mehreren unabhängigen Sicherungsgebern.

1. Die Ausgleichung bei der Gesamtschuld und Mitbürgschaft ergibt sich ohne weiteres, da diese Verhältnisse ihre Regelung unmittelbar im Gesetz gefunden haben. Findet aber auch ein Ausgleich in den Fällen statt, in denen eine Ausgleichspflicht weder aus rechtsgeschäftlicher noch gesetzlicher Bindung der einzelnen Sicherungsgeber untereinander begründet ist, diese vielmehr von einander vollständig unabhängig sind?

a) Schwierigkeiten entstehen für das Verhältnis des Bürgen zum Drittverpfänder. Der Tatbestand ist der, daß für eine Schuld neben dem Hauptschuldner ein Bürge und ein von einem Dritten dem Gläubiger bestelltes Pfand haften. Nun gibt es zwei Möglich-

20) vergl. auch Oertmann, Planck a.a.O.
21) so RG. 79, 290; 82, 430; vergl. ferner die bei Lehmann § 90 Anm. 14 aufgeführte Literatur.
22) Lehmann a.a.O. Anm. 14.

keiten: Der Bürge befriedigt zunächst den Gläubiger. Gemäß § 774 Abs. 1 rückt der Bürge in die Rechtsstellung des befriedigten Gläubigers. Er erwirbt mit dem Übergang der Forderung auch das Pfandrecht und kann sich aus dem Pfande befriedigen. Falls also der Hauptschuldner zahlungsunfähig ist, so kann er sich wegen seiner Forderung wenigstens in Höhe des Wertes der Pfandsache befriedigen. Wenn dagegen der Eigentümer der Pfandsache den Gläubiger befriedigt, so erwirbt er gemäß § 1225, sofern er nicht zugleich persönlicher Schuldner ist, die Forderung des Gläubigers. Gemäß § 1225 Satz 2 in Verb. mit § 774 zieht der Übergang der Forderung auch die Nebenrechte nach sich, §§ 412, 401 BGB. Zunächst würde also das Pfandrecht als Nebenrecht auf den befriedigenden Verpfänder und Eigentümer der Pfandsache übergehen und infolge der Vereinigung des dinglichen Rechtes mit dem Eigentum an der Pfandsache in einer Hand erlöschen, § 1256 BGB. Dann aber würde auch der zahlende Drittverpfänder in die Rechte des befriedigten Gläubigers gegen den Bürgen einrücken. So könnte hiernach auch dieser, sofern der Schuldner zu zahlen nicht in der Lage ist, die Last der Schuld in vollem Umfange auf den Bürgen abzuwälzen. Bei dieser wörtlichen Auslegung der §§ 774 und 1225 scheint es nun so, als ob derjenige der beiden Sicherungsgeber das bessere Recht hat, der den Gläubiger zuerst befriedigt, ganz gleich ob er nun persönlich oder mit der ihm gehörigen Pfandsache haftet. Hiernach soll also lediglich der Umstand entscheidend sein, wer von den beiden mit der Befriedigung zuvorkommt. Diese Ansicht ist auch vertreten worden[23]). Dieses Ergebnis ist jedoch nicht befriedigend. Einen derartigen Wettlauf des Bürgen mit dem Drittverpfänder hat der Gesetzgeber gewiß nicht gewollt. Gegen die Lösung hat sich somit auch der größte Teil der Literatur gewandt, während die Judikatur[24]) das Ergebnis dahingestellt sein läßt. In der Literatur werden nun zwei Meinungen vertreten, die zu verschiedenen Ergebnissen kommen.

b) So soll nach Strohal[25]) zwar der zahlende Bürge das Pfandrecht in voller Höhe, dagegen der zahlende Drittverpfänder keinerlei Rückgriff gegen den Bürgen haben. Dieses soll sich schon aus § 776 ergeben, der dem Bürgen eine stärkere Position einräume als dem Drittverpfänder. Das Ergebnis stützt er nun auf folgende Konstruktion. Er geht vom § 1256 BGB. aus: Nach § 1256 gilt das Pfandrecht, auch wenn es sich mit dem Eigentum an der Pfandsache in einer Hand vereinigt, als nicht erloschen, „soweit der Eigentümer ein rechtliches Interesse an dem Fortbestand des dinglichen Rechtes hat". Nimmt man nun an, daß der Drittverpfänder und Pfandeigentümer den Gläubiger befriedigt, so erwirbt er mit der alten Gläubigerforde-

---

23) vergl. bei Strohal. DJZ. 03, S. 374.

24) vergl. RG. 85, 364; 75, 271.

25) Strohal, DJZ. 03, 376 und Dogm. J. 61, 59 ff.; Martinius DJZ. 03, 543; Planck § 1225, 1 c; Sternberg, Gruchot 52, 545 ff. Enneccerus-Lehmann § 191 I 3 Oertmann in JW. 32, 200. Krings a.a.O. S.2 8; Koban a.a.O. S. 198. Sellner: Recht 04, 479.

rung das Pfandrecht an der eigenen Sache und das dem Gläubiger gegen den Bürgen zustehende Recht. Hat der Eigentümer kein rechtliches Interesse an dem Fortbestehen des Pfandrechts, so erlischt dieses, da es mit dem Eigentum in derselben Person zusammentrifft. Mit dem Untergehen des Pfandrechts verliert der Eigentümer der Pfandsache das Recht, gegen den Bürgen vorzugehen. Nach §§ 774, 776 wird der Bürge insoweit frei, als der Gläubiger ein Sicherungsrecht aufgibt, aus dem er hätte Ersatz verlangen können, wenn er die Befriedigung des Gläubigers bewirkt hätte. „Die Verneinung des rechtlichen Interesses am Fortbestand des Pfandrechtes (§ 1256) kommt der Aufgabe eines Pfandrechtes gleich." Hierfür spricht einmal, daß der in die Rechte des Gläubigers eingetretene Drittverpfänder als Gläubiger im Sinne des § 776 zu gelten hat; ferner macht es keinen Unterschied, ob das Erlöschen des Pfandrechtes infolge der Befriedigung seitens des Verpfänders oder infolge Freigabe des Gläubigers eingetreten sei. Nimmt man aber an, daß ein rechtliches Interesse an dem Fortbestand des Pfandrechtes besteht (§ 1256), so bleibt der Bürge verpflichtet. Der Pfandeigentümer behält aber die Pfandsache nicht als eine pfandfreie. Er hat somit dem von ihm in in Anspruch genommenen Bürgen die Möglichkeit des Eintritts in das Pfandrecht offen zu lassen. Der Bürge kann somit seinerseits, wenn er die Regreßforderung zahlt, in die Gläubigerstellung einrücken, §§ 412, 401, und sich aus der Pfandsache befriedigen. Durch die Befriedigung wird der Bürge frei. Das bedeutet aber, kurz gesagt, daß der zahlende Drittverpfänder die Pfandsache zwar behält, aber seinen Rückgriff gegen den Bürgen verliert.

Jedoch auch diese Lehre kann in ihrem Ergebnis nicht befriedigen. Diese Bevorzugung des Bürgen, der hiernach den Schaden stets auf den Drittverpfänder abwälzen könnte, läßt sich weder aus der geschichtlichen Entwicklung, noch aus dem Gesetz entnehmen [26]). § 776 BGB. enthält zwar eine Bevorzugung des Bürgen vor dem Drittverpfänder, aber eine schwächere, als Strohal ableitet. § 776 behandelt die Folgen, wenn der Gläubiger befreit; daraus kann man aber nicht folgern, daß, wenn er Bürgen und Pfänder nicht befreit ,der zahlende Bürge vollen Rückgriff gegen den Drittverpfänder, dieser aber umgekehrt keinen Regriß gegen den Bürgen habe. Man muß vielmehr in §§ 774 Abs. 2, 1225 Satz 2 den Ausdruck des allgemeinen Prinzips sehen, daß mehrere Sicherungspflichtige untereinander im Zweifel zum Ausgleiche verbunden sind. Denn wie bei Mitbürgen und Mitverpfändern (§ 774 Abs. 2, § 1225 Satz 2) besteht auch hier ein Ausgleich im Innenverhältnis nach gleichen Teilen [27]).

Dieselben Gründe, die der Ausgleichung bei der Mitbürgschaft zu Grunde liegen, fordern den Ausgleich auch für das Verhältnis zwischen dem Bürgen und dem Drittverpfänder. Das BGB. be-

---

26) so Wolff. § 140 Anm. 16.

27) Breit a.a.O. S. 293, Oertmann § 774 Anm. 8, Schulz a.a.O. S. 62 ff.; Schmidt, Dogm. J. 72, 97; Wolff, Sachenrecht S. 512.

stimmt im § 1225, daß § 774 entsprechend Anwendung findet, also auch § 774 Abs. 2: Mitbürgen haften einander nur nach § 426. Diese Verweisung aber bedeutet: Wenn wie bei der Mitbürgschaft andersartige fremde Verbindlichkeiten zusammentreffen, so soll unter ihnen eine Ausgleichung stattfinden, wie bei der Mitbürgschaft[28]). Verkehrt und überflüssig ist es, das Verhältnis von Bürgen und Eigentümer als wahres Gesamtschuldverhältnis zu konstruieren und den Ausgleichungsanspruch aus § 426 herzuleiten, indem man auch den Eigentümer der verpfändeten Sache als Leistungsschuldner hinstellt[29]), ebenso verkehrt ist es aber andererseits, die Ausgleichung ganz auszuschließen, weil nicht wie bei der Mitbürgschaft zwei obligatorische Rechte, sondern ein obligatorisches und ein dingliches nebeneinander stehen[30]).

Es entspricht jedenfalls den Anforderungen einer ausgleichenden Gerechtigkeit wohl am meisten, einen Ausgleich nach gleichen Teilen anzunehmen. Schwerlich wird sich auch dafür eine hinreichende Begründung finden lassen, weshalb gerade mehrere Bürgen und mehrere Verpfänder untereinander ersatzpflichtig sein sollen, warum aber dieses nicht der Fall sein soll, wenn Bürgen und Drittverpfänder zusammentreffen. Wirtschaftlich gleichgültig ist es, ob der Bürge oder Pfandschuldner zahlt. Mit der persönlichen Forderung geht auf den Befriedigenden die Sicherung anteilig nach Höhe der Mitverpflichtung über.

2. Für den Fall des Zusammentreffens von Bürgschaft und Hypothek glit das Gleiche. Befriedigt der Bürge den Gläubiger, so erwirbt er nach § 774 die Forderung mit der für sie bestellten Hypothek und kann sich aus dem Grundstück bis zur Höhe dessen Wertes schadlos halten. Zahlt aber der Grundstückseigentümer, so erwirbt er mit der Forderung auch dessen Rechte gegen den Bürgen, § 1143. Die Hypothek geht auf ihn über und bleibt als Eigentümerhypothek bestehen, §§ 1143, 1173. Diese wörtliche Auslegung des § 1143 ist jedoch nicht zu billigen. Denn geradeso wie im vorigen Fall würde diese Auslegung des § 1143 in Verbindung mit den Vorschriften der §§ 774, 1225 zu dem unhaltbaren Ergebnis führen, daß, wenn der Bürge den Gläubiger befriedigt, der ihm nach § 774 haftende Eigentümer, im Falle der Befriedigung des Gläubigers durch den Dritteigentümer dagegen der Bürge die ganze Last der Schuld endültig zu tragen hätte. Es könnte also wiederum derjenige, der dem anderen in der Befriedigung des Gläubigers zuvorkäme, die Last auf diesen abwälzen. Daß dieses nicht angeht, ist bereits oben zu 1. ausgeführt, ebenso die Lösungsversuche. Da anzunehmen ist, daß die Verweisung auf § 774 Abs. 2 im § 1143 mit Rücksicht auf die im Abs. 2 erfolgte Bezugnahme auf § 1173 unterblieben ist[31]),

---

28) so auch Schulz S. 68.
29) Bendix, Arch. f. bürg. Recht Bd. 25, S. 89.
30) Biermann, Sachenrecht § 1225 Anm. 1.
31) vergl. hierzu die auf Seite 25 Anm. 27 angegebene Literatur.

so erwirbt der zahlende Grundeigentümer nach §§ 412, 401 auch die Nebenrechte; zwar nicht im vollen Umfange, denn wie bei Mitbürgen und Mitverpfändern besteht auch hier ein Ausgleich im Innenverhältnis nach gleichen Teilen, soweit nicht das unter den Beteiligten bestehende Rechtsverhältnis eine andere Ausgleichsweise gebietet.

3. Bei der Gesamthypothek, also im Falle, daß eine Forderung durch zwei Hypotheken gesichert ist, § 1173, erwirbt der den Gläubiger befriedigende Eigentümer die Hypothek an seinem Grundstück, die Hypothek an dem anderen Grundstück erlischt. Ausnahmsweise aber, und zwar wenn der Eigentümer des zur Befriedigung herangezogenen Grundstücks einen Ersatzanspruch gegen einen der anderen Eigentümer oder dessen Rechtsvorgänger hat, geht gemäß § 1182 in Höhe dieses Anspruchs die Hypothek an dem Grundstück des ersatzpflichtigen Eigentümers auf ihn über; sie tritt aber im Range hinter alle an dem ausgleichspflichtigen Grundstück bestehenden Rechte zurück[32]). Ob ein solcher Ersatzanspruch besteht, entscheidet sich nur aus dem zwischen den Eigentümern etwa bestehenden obligatorischen Rechtsverhältnisse. Ohne Belang ist es, ob er auf Vertrag oder Gesetz beruht. Die Tatsache an sich, daß die Grundstücke gesamthypothekarisch haften, begründet keine Ersatzpflicht. Die Gesamthypothek ist „an sich regreßlos“[33]). Dieses wird von Schulz[34]) bestritten, der der Ansicht ist, daß in jedem Fall, auch wenn ein Ersatzanspruch nicht vorhanden ist, Ausgleichung stattfinden müsse. Wenn man aber berücksichtigt, daß bei der Bestellung einer Gesamthypothek in der Regel wohl Vereinbarungen über die innere Beteiligung an der Schuld bestehen, aus denen sich der Ausgleich im Innenverhältnis bestimmen läßt, kann man annehmen, daß durch diese Regelung die meisten vorkommenden Fälle eine den Beteiligten gerechtwerdende Lösung finden werden.

4. Wie beim Zusammentreffen von Pfandrecht und Bürgschaft wird auch bei der Mitpfänderschaft der Grundsatz festzuhalten sein, daß unter mehreren fremden Verbindlichkeiten verhältnismäßige Ausgleichung stattfindet. Wenn nämlich eine Forderung durch zwei Mobiliarpfänder gesichert ist und ein Eigentümer der Pfandsache zahlt, so müßte an sich mit der Forderung gegen den persönlichen Schuldner auch das Pfandrecht an der Sache des zweiten Verpfänders auf ihn übergehen (§§ 1225, 412, 401) und sein Pfandrecht erlöschen. Zahlt jetzt der zweite Verpfänder an den Erstverpfänder, so würde er zwar die Forderung gegen den persönlichen Schuldner erhalten, jedoch nicht das Pfandrecht an der Sache des Erstverpfänders, da dieses bereits erloschen ist. Es hätte also derjenige seine Regreßforderung gegen den Schuldner pfandrechtlich gesichert, der den Gläubiger zuerst befriedigt. Hier haben wir wieder das gleiche unbe-

32) RG. 81, 73.
33) Wolff § 148 VI.
34) Schulz a.a.O. S. 71.

friedigende Ergebnis, daß dem Vermögenden nur wegen seiner Zahlungsfähigkeit endgültig das bessere Recht gegenüber dem Vermögenslosen zuerkannt würde. Dieses unhaltbare Resultat lehnt jedoch das Gesetz im § 1225 selbst ab. Wenn § 1225 auf § 774 Abs. 2 und damit auch auf § 426 Bezug nimmt, so bestimmt es, daß bei der Mitpfänderschaft eine Ausgleichung entsprechend wie bei der Mitbürgschaft zu erfolgen hat[35]). Einer besonderen Vereinbarung über die Ausgleichungspflicht bedarf es nicht. Für diese Lösung spricht das befriedigende Ergebnis, das dem Bestreben des BGB. entspricht, einen Ausgleich der Interessen herbeizuführen. Auch die Gegner dieser Auslegung halten die Lösung für nicht unannehmbar und unerträglich. Der Gedanke[36]), den Eigentümer besser zustellen, der, ohne Schwierigkeiten zu bereiten und ohne den Gläubiger in einen Prozeß zu drängen, die Schuld bezahlt hat, hat etwas für sich, kann aber gegenüber den Vorschriften des Gesetzes, §§ 1225, 774, nicht ausschlaggebend sein.

Die Art und Weise der Ausgleichung ergibt sich aus § 426. Die Ausgleichung findet somit statt nach Kopfteilen. Die gegen die Ausgleichung nach Kopfteilen vorgetragenen Bedenken treffen nicht zu. Wie das Bürgschaftsrechts ist auch das Pfandrecht ein Zugriffsrecht. Zwar hat die Zugriffsmöglichkeit beim Pfande bestimmtere Grenzen. Aber auch bei der Bürgschaft wird der Gläubiger zunächst versuchen, einen Einblick in die Vermögenslage des Bürgen zu gewinnen.

Es findet somit Teilung nach Köpfen statt; nicht nach Zahl der Pfänder, noch weniger nach dem Wert der Pfandsachen. Auch bei Mitbürgen entscheidet ja weder, auf wieviel sich jeder Mitbürge verbürgt hat, noch wieviel er zu leisten imstande ist[37]).

5. Wie aber ist der Fall zu beurteilen, wenn der Pfandeigentümer, der nicht zugleich Verpfänder ist, den Gläubiger befriedigt? Hat er einen Regreßanspruch gegen den Verpfänder der Sache, der weder Eigentümer noch persönlicher Schuldner ist? Das Gesetz regelt diesen Fall nicht. Es werden aber regelmäßig in derartigen Fällen vertragliche Beziehungen zwischen den Parteien vorliegen. Denkbar sind z. B. Fälle, in denen der Verpfänder die Sache im Auftrage oder doch im Einverständnis mit dem Eigentümer der Pfandsache diese verpfändet. Dann aber ist davon auszugehen, daß die Absicht der Parteien dahin ging, daß, wenn der Schuldner nicht zahlt, der Eigentümer der Pfandsache, nicht aber der Pfandbesteller die endgültige Last zu tragen hat. Das gleiche ist für den Fall anzunehmen, daß der Eigentümer die Pfandsache in Kenntnis der Pfandsache in Kenntnis der Pfandbestellung erworben hat. Der Fall liegt aber anders und ist das Gegenteil des Gesagten anzunehmen, wenn

35) Staudinger § 1225, Wolff § 160 Anm. 6, § 140 Anm. 17; Breit a.a.O. S. 283; Schulz a.a.O. S. 70; Koban a.a.O. S. 198; Martinius DJZ. 03, 543; Sellner Recht 04, 479.

36) Planck § 1225, 2 c. vergl. die dort aufgeführte Literatur.

37) so Schmidt, Dogm. J. 72, 97, Schulz a.a.O. S. 70, 72.

z. B. der Verpfänder eine ihm nicht gehörende Sache unberechtigter Weise verpfändet, der Dritte aber gutgläubig ein Pfandrecht an der Sache erwirbt. Hier werden dem Eigentümer auch regelmäßig weitere gesetzliche Ansprüche, wie § 823 ff. zustehen. In Zweifelsfällen wird man aber eine Ausgleichung nach Kopfteilen anzunehmen haben[38]).

6. Ebenfalls finden wir im Gesetz keine Regelung für das Verhältnis eines Drittverpfänders zum nicht persönlich haftenden Eigentümer eines mit einer Hypothek belasteten Grundstücks. Bei der, wie wir oben gesehen haben, gleichlaufenden Regelung der einzelnen Verhältnisse, denen stets der Satz zugrundezulegen war, daß zwischen mehreren Sicherungsgebern im Innenverhältnis eine Ausgleichung zu erfolgen hat, ist es unbedenklich, die Frage des Überganges des Pfandrechts oder der Hypothek rechtlich ebenso zu behandeln, wie im Falle des Zusammentreffens mehrerer Pfandrechte. Es ist also ein Übergang in dem durch den wirklichen Ersatzanspruch begrenzten Umfang anzunehmen[39]).

7. Da die Sicherungsübereignung ein Institut ist, das sich außerhalb des Gesetzes entwickelt hat, so haben wir auch hier keine gesetzlichen Vorschriften, die die Rechtsverhältnisse des Treugebers zum Bürgen und zum Verpfänder regeln. Wenn der Bürge oder Verpfänder den Gläubiger befriedigen, so gehen gemäß §§ 412, 401 nicht ohne weiteres mit der Forderung auch die Rechte aus dem Sicherungseigentum über. Denn sowohl das Sicherungseigentum wie auch sonstige fiduziarische Sicherungsmittel sind nicht im Rechtssinne akzessorisch, gehen z. B. auch nicht bei Erlöschen der dadurch gesicherten Forderung von selbst unter. Das weist auf eine entsprechende Gestaltung bei deren Übertragung hin[40]). Jedoch wird ein Ersatzanspruch gegen den alten Gläubiger von der herrschenden Meinung eingeräumt[41]). Hiernach ist der alte Gläubiger verpflichtet, dem neuen die Sicherungsgegenstände zu übertragen.

Wenn dagegen der Sicherungsübereigner den Gläubiger befriedigt, so gibt es keine Vorschrift, die einen Übergang der Forderung mit den zu ihrer Sicherung bestellten Bürgschafts- und Pfandrechten bestimmt. Gemäß §§ 1249, 268 wird man aber dem Treugeber eine Ablösungsbefugnis zusprechen müssen, da auch er ein Recht an der Sache verliert. Hinsichtlich der Ausgleichung erscheint es nun billig, daß der Verpfänder und Sicherungsübereignender die Schuld des Schuldners, der nicht zahlen kann, gemeinsam nach Kopfteilen wie bei der Ausgleichung zwischen Drittverpfänder tragen zu lassen. Denn das Sicherungseigentum weist doch dem Pfandrecht verwandte Züge auf. Es ist doch praktisch ein Pfandrecht, das den Besitz dem

---

38) vergl. Schulz a.a.O. S. 70 ff.
39) A. A. RGR.Komm. § 1225 Anm. 2 mit Verweisung auf § 1173.
40) Seuff. A. 66, 408.
41) vergl. RG. 91, 279; Oertmann zu § 401, 2.

Verpfänder überläßt, ein Bedürfnis der Praxis[42]). Zwar ist rechtlich die Sicherungsabtretung keine Verpfändung, wirtschaftlich gesehen vertritt sie aber eine Pfandbestellung. Das Sicherungseigentum soll doch auch nur wie das Pfand dem Gläubiger zur Sicherung dienen. Es ist auf die Behandlung der Sicherungsübereignung im Konkurse zu verweisen, die nach der Rechtssprechung des Reichsgerichts wie ein Pfandrecht behandelt wird; weiterhin auf die Rechtssprechung des Reichsfinanzhofes und endlich auf die sich mehrenden Stimmen in der Literatur, die statt des § 771 ZPO. den § 805 ZPO. angewandt wissen wollen[43]). Es ist somit auch der Sicherungsübereignende genau so zu stellen wie ein Drittverpfänder, also somit wie oben zu 4. eine Ausgleichung nach Kopfteilen anzunehmen.

Die weitere Folgerung ist aber, daß bei Zusammentreffen von Bürgschaft und Sicherungsübereignung dasselbe Verhältnis wie beim Zusammentreffen von Bürgschaft und Pfandrecht vorliegt. Es hat also hier eine Ausgleichung nach gleichen Teilen wie zu 1. zu erfolgen.

8. Während im § 1143 die Befriedigung des Gläubigers durch den nicht persönlich haftenden Eigentümer erfolgt, so erfolgt sie bei § 1164 durch den persönlichen Schuldner, der nicht zugleich Unterpfandseigentümer ist. Wenn er nun von dem Eigentümer oder einem Rechtsvorgänge des Eigentümers Ersatz verlangen kann, so geht die Hypothek auf ihn über (hypothekarische Sukzession kraft Gesetzes). Die Vorschrift des § 1164 bezweckt den Schutz des zahlenden persönlichen Schuldners gegenüber dem ihm zum Ersatz verpflichteten Eigentümer. Obgleich der persönliche Schuldner mit dem dinglichen Schuldner keine Gesamtschuldnerschaft bildet, ist der § 426 Abs. 2 entsprechend anzuwenden. Der ersatzberechtigte Schuldner kann sein Recht auf Ersatz unmittelbar aus dem Rechte des befriedigten Gläubigers ableiten. Er kann die Hypothek des Gläubigers wie eine eigene geltend machen. Streitig ist jedoch, was unter der übergehenden Hypothek zu verstehen ist. Während die Protokolle[44]) diese Frage der juristischen Konstruktion überlassen, haben sich in der Literatur[45]) mehrere Meinungen gebildet. Die herrschende Meinung nimmt mit Recht an, daß die Ersatzforderung des persönlichen Schuldners die schuldrechtliche Grundlage zu der erworbenen Hypothek bildet[46]). Dies wird insbesondere aus dem Umstande mit zu folgern sein, daß ja der Übergang der Hypothek nur insoweit erfolgt, als eine Ersatzforderung an den Eigentümer besteht. Ob dem persönlichen Schuldner ein Ersatzanspruch zusteht, ist in jedem einzelnen Fall festzustellen. Besonders häufig ist der Fall, daß der

42) dennoch keine Umgehung des § 1205, vergl. dazu die einschlägigen Kommentare.

43) vergl. hierzu die einschlägigen Kommentare, RFH. Bd. 19, S. 127 ff.

44) Prot. III, 728.

45) vergl. Planck zu 1164, Anm. 3.

46) so Planck zu § 1164, Anm. 3, Biermann zu § 1164, Staudinger Anm. 4, RGR.Komm. Anm. 2, RG. 129, 30; 131, 157.

derzeitige Eigentümer dem früheren Eigentümer gegenüber die Hypothekenforderung unter Anrechnung auf den Kaufpreis übernahm (sog. Übernahme der Hypothek in partem pretii), ohne daß diese Schuldübernahme vom Gläubiger genehmigt wurde und nunmehr der Verkäufer als nicht entlassener persönlicher Schuldner die Hypothekenforderung bezahlt. Es erhebt sich nun die Frage,, ob er einen Ersatzanspruch gegen den Übernehmer hat. Die Beantwortung dieser Frage ist schwierig, da in sehr vielen Fällen nicht zu erkennen ist, ob zwischen dem Verkäufer und Käufer Erfüllungs- oder Schuldübernahme vereinbart ist, ferner ob lediglich die Übernahme der dinglichen Haftung erfolgt ist, oder der Übernehmer auch schuldrechtlich dem Verkäufer verpflichtet ist. Die Fragen sind unter Berücksichtigung der Regel über die Vertragsauslegung in jedem einzelnen Falle zu lösen. Im Zweifel wird eine befreiende Schuldübernahme im Verhältnis zwischen Verkäufer und Käufer anzunehmen sein[47]).

Steht dem zahlenden persönlichen Schuldner kein Ersatzanspruch zu, so erwirbt der Eigentümer durch die Befriedigung die Hypothek als Eigentümerhypothek gemäß § 1163 Abs. 1 Satz 2.

9. Es ist weiterhin anzunehmen, daß mehrere Ablösungsberechtigte des § 268 oder § 1249 auch dann, wenn eine entsprechende Vereinbarung fehlen sollte, im Innenverhältnis zur Ausgleichung verpflichtet sind. Nach dem Wortlaut des Gesetzes zwar, wonach der befriedigende Ablösungsberechtigte die ganze Forderung erwirbt, ohne Rücksicht auf die im Innenverhältnis bestehende Ausgleichungspflicht gegenüber dem Hauptschuldner, scheint er die Forderung im vollen Umfange gegen die übrigen Ablösungsberechtigten geltend machen zu können. Allein der Ablösungsberechtigte des § 268 steht dem Pfandschuldner sehr nahe. Auch er verliert ein Recht wie der Eigentümer der Pfandsache. Der Fall bedarf daher der gleichen Behandlung wie der bei § 1225, wo mehrere Verpfänder dem Gläubiger gegenüberstehen. Auch hier muß man den Ausgleich anstreben, damit nicht der den Gläubiger befriedigende Ablösungsberechtigte die Forderung mit allen Rechten erhält und sich demnach aus den anderen Pfändern voll und ganz befriedigen könnte. Das würde wiederum zu einem nicht zu billigenden Wettlauf um die so begünstigte Stellung desjenigen kommen, der den Gläubiger zuerst befriedigt. Es muß somit auch hier eine Ausgleichung stattfinden. Als Maßstab für den Ausgleich kommt hier allerdings der Wert der verschiedenen Pfänder in Frage[48]).

---

47) so das RG. in ständiger Rechtsprechung 56, 202; 75, 340. Vergl. zu dieser Frage die Literaturangaben bei Staudinger § 1164 II, 2. Eine besondere Unbilligkeit ergab sich für den Fall, wenn der Hypothekengläubiger selbst das Grundstück in der Versteigerung zu niedrigem Preise erwarb. Hinsichtlich der Lösungsversuche vergl. Wolff § 150 I. Nunmehr ist eine gesetzgeberische Abhilfe geschaffen durch die NotVO. vom 8. 12. 31 Teil 3 § 3 i. d. F. der VO. über Maßnahmen auf dem Gebiete der Zwangsvollstr. vom 26. 5. 1933.

48) vergl. Hans.Ger.Z. 20, Beibl. 225 Schulz a.a.O. S. 74.

IV. ABSCHNITT.

Die Rechtslage nach Eintritt des Forderungsüberganges.

Der kraft Gesetzes eintretende Übergang der Gläubigerforderung zieht regelmäßig eine Störung der Rechtslage nach sich. Wie bereits die Erklärungsversuche der Rechtsnatur der cessio legis gezeigt haben, ist die übergehende Forderung nicht die gleiche, wie sie dem Gläubiger zustand. Ebenso scheint der gesetzliche Forderungsübergang in seiner rechtlichen Wirkung verschiedene Rechtslagen herbeizuführen. Eine Klärung durch entsprechende Anwendung der Vorschriften über den rechtsgeschäftlichen Forderungsübergang, wie er in § 412 BGB. vorgeschrieben ist, ist im Ergebnis nicht ausreichend. Denn das unterscheidet ja gerade den vertraglichen Forderungsübergang von der cessio legis, daß hier o h n e , oft sogar g e g e n den Willen der Beteiligten der Forderungsübergang eintritt. Das aber ist ein maßgeblicher Gesichtspunkt, daß gerade bezüglich der Rechtslage nach Eintritt des Forderungsüberganges keine vertraglichen Bestimmungen bestehen. Dessen bedarf es auch nicht, wenn die Forderung allein steht. Die Praxis zeigt aber, daß solche Fälle vereinzelt dastehen. In der Regel ist es so, daß durch die cessio legis die Forderung aus ihrem größeren wirtschaftlichen Zusammenhang herausgerissen wird. Sie ist verknüpft mit weiteren Forderungen; für sie sind Sicherheiten bestellt. Zur Beantwortung dieser Frage ist die Stellung des Schuldners und des Gläubigers nach Übergang der Forderung einer eingehenden Untersuchung zu unterwerfen.

1. Wie bei der Abtretung ist auch hier als Grundgedanke der Satz festzuhalten: „Die Lage des S c h u l d n e r s darf durch den Forderungsübergang nicht verschlechtert werden." Deshalb muß auch hier der Schuldner dem Gläubiger der kraft Gesetzes übergegangenen Forderung alle Einwendungen entgegensetzen können, die dem alten Gläubiger gegenüber begründet waren (vergl. § 774 Abs. 1 Satz 3). Ebenso wird die während der Rechtsinhaberschaft des alten Gläubigers abgelaufene Verjährungszeit dem neuen Gläubiger angerechnet. Auch kann der Schuldner die Schutzvorschrift des § 407 für sich beanspruchen. Bestritten ist, ob hier hinsichtlich der Gutgläubigkeit zur Begründung der Kenntnis im Sinne der §§ 406, 407 BGB. Kunde von den Tatsachen, an die der Übergang kraft Gesetzes geknüpft ist, genügt, oder auch Kenntnis des Rechtssatzes erforderlich ist[1]). Die Lösung dieser Streitfrage ist jedoch im Rahmen dieser Arbeit dahinzustellen.

Andererseits soll durch den Übergang die Lage des Schuldners aber auch nicht verbessert werden. Daher kann der Schuldner eine im Zeitpunkt des Forderungsüberganges begründet gewesene Ein-

1) vergl. hierzu die bei Planck Bem. 5 zu § 406 und Oertmann Bem. 1 zu 412 aufgeführte Literatur.

wendung dem neuen Gläubiger nicht entgegensetzen, wenn er sie im Zeitpunkt der Geltendmachung auch dem alten Gläubiger nicht entgegensetzen dürfte, falls die Forderung nicht übergegangen wäre. Auch darf der Übergang dem Schuldner nicht den unverdienten Vorteil einer Perpetuierung der Einrede verschaffen, wie man nach dem Wortlaut des § 404 vielleicht annehmen könnte. War somit im Zeitpunkte des gesetzlichen Forderungsüberganges z. B. die Einrede des nicht erfüllten Vertrages begründet, so kann der Schuldner dem neuen Gläubiger, der ihm die Gegenleistung verschafft hat, nicht die Einrede des nicht erfüllten Vertrages entgegenhalten, weil diese im Zeitpunkt der Abtretung begründet war[2]).

2. Als weiteren Grundsatz finden wir im Gesetz bestimmt: Der Übergang kann nicht zum Nachteil des Gläubigers geltend gemacht werden (nemo subrogat contra se.). §§ 268 Abs. 3, 774 Abs. 1, 1225, 1249 usw. Über die Bedeutung dieses Satzes müssen wir uns zunächst klar werden.

a) Die Regreßforderung leitet sich her vom Rechte des Gläubigers und hat daher Ähnlichkeit mit der getilgten Gläubigerforderung, ist jedoch nicht identisch mit ihr. Es ist zunächst auch hier zu beachten, daß durch den kraft Gesetzes erfolgten Übergang der Forderung regelmäßig eine Störung der Rechtslage entsteht. Die Forderung des Gläubigers wird aus ihrem wirtschaftlichen Zusammenhang herausgerissen. Sie verliert ihre Beziehung zu den anderen zum Vermögen des Gläubigers gehörenden Forderungen und Sicherheiten und wird sogar mit ihnen konkurrieren. Ein derartiges Verhältnis der übergegangenen Forderung zur Forderung des Gläubigers wird am häufigsten uns begegnen, wenn der Gläubiger erst zu einem Teilbetrag seiner Forderung befriedigt ist. In solchen Fällen wird die Rückgriffsforderung sowohl mit der Restforderung, wie auch mit den übrigen Forderungen des Gläubigers in Wettstreit treten. Damit nun nicht der Gläubiger in seiner Rechtsstellung durch den Übergang geschwächt wird, bestimmt das BGB. in derartigen Fällen, daß der Übergang nicht zum Nachteil des Gläubigers geltend gemacht werden kann. Es ist somit anzunehmen, daß, wenn die übergegangene Forderung mit einer Forderung des Gläubigers in Wettstreit tritt, eine rechtliche Bevorzugung der Gläubigerforderung erfolgen soll. Die übergegangene Forderung ist also in ihrer Wirkung geschwächt. Sie ist somit nicht identisch mit der alten Gläubigerforderung. Zwar ist sie quantitativ die gleiche geblieben, „die Intensität der Regreßforderung ist aber eine andere als die der Gläubigerforderung, sie ist im Verhältnis zu ihr gedämpft“[3]). Diese Intensitätsdämpfung in dynamischer Hinsicht kennzeichnet sich durch eine Rangordnung zwischen der Regreßforderung und der Forderung des Gläubigers. Rangverschiedene Rechte haben wir im Sachenrecht, sowohl im Immobilienrecht wie auch beim Pfandrecht an beweglichen

2) Planck § 404 Bem. 1 b.
3) Schulz a.a.O. S. 88.

Sachen. Trotz der Vorschriften über den guten Glauben wird man bei letzteren rangverschiedene Rechte anerkennen müssen[4]). Es gibt aber auch schuldrechtliche Staffelverhältnisse, die aber nur im Vollstreckungsverfahren an Bedeutung gewinnen. So spricht auch das BGB. ausdrücklich aus, daß der Übergang nicht zum Nachteil des Gläubigers „geltend gemacht" werden darf. Betreibt der Rückgriffsgläubiger daher die Zwangsvollstreckung in einen dem Schuldner gehörenden Gegenstand, so kann der alte Gläubiger seine Rechte auf vorzugsweise Befriedigung nach §§ 805, 876 ff. ZPO., § 115 ZVG. geltend machen. Ebenso geht im Konkurs die rangbessere Forderung vor.

Der Sinn der Vorschrift ist nun der, daß der Gläubiger durch den ohne seinen Willen eintretenden Übergang nicht schlechter gestellt werden darf, als wenn im Umfang der Leistung die Forderung erloschen wäre[5]). Die Stellung des Gläubigers muß also so sein, als wenn nicht der Bürge oder ein Dritter, sondern der Schuldner selbst gezahlt hätte. Dieser Grundsatz angewandt, ergibt im Einzelfall folgendes:

b) Für eine Schuld von 100 ist eine Bürgschaft bestellt. Für dieselbe Forderung haftet aber auch noch ein von einem Dritten bestelltes Pfand. Wenn nun der Bürge 50 zahlt, so geht in Höhe von 50 die Gläubigerforderung über nebst dem dafür bestellten Pfandrechte. Gläubiger wie auch Bürge haben jeder eine Forderung von 50 gegen den Hauptschuldner. Erfolgt nun der Pfandverkauf, so geht bei der Befriedigung die Restforderung des Gläubigers vor. Denn hätte der Schuldner statt des Bürgen in Höhe von 50 an den Gläubiger gezahlt, so wäre in dieser Höhe die Forderung des Gläubigers erloschen und gleichzeitig insoweit das Pfandrecht untergegangen. Der Gläubiger könnte sich aber in Höhe der Restforderung von 50 aus dem Pfanderlös befriedigen. Daraus ergibt sich ferner, daß, wenn der Erlös des Pfandes 60 beträgt, der Gläubiger 50 erhält, dem Bürgen aber nur 10 zustehen.

Aus folgender Erwägung ergibt sich die Richtigkeit des Ergebnisses: Falls der Gläubiger wegen der nicht gezahlten Restforderung beim Hauptschuldner vergeblich vollstreckt, so kann er sich in Höhe des Ausfalls doch wieder an den Bürgen halten. Schon um diesen unnötigen Umweg zu vermeiden, ist der Forderung des Gläubigers der Vorrang vor der übergegangenen Forderung des Bürgen einzuräumen.

Derselbe Grundsatz findet auch im Versicherungrecht Anwendung (vergl. §§ 67 Abs. 1 Satz 2, 118 S. 2 VVG.). Wird der für den Versicherungsnehmer entstandene Bedarf nur teilweise durch die Versicherung ausgeglichen und kann auch der Dritte den von ihm verursachten Schaden nicht in vollem Umfange ersetzen, so bleibt der Versicherungsnehmer Gläubiger des Dritten, und zwar mit Vorrang vor dem Versicherer.

4) Wolff, a.a.O. § 172.
5) so Planck § 774, 3 a. JW. 1917, 845.

c) Wir haben gesehen, daß der § 774 Abs. I Satz 2 unbedenklich Anwendung findet, wenn der Bürge nur einen Teil der Forderung erwirbt. Ist aber diese Bestimmung auch anwendbar, wenn der Bürge in voller Höhe die Hauptschuld gezahlt hat, die Geltendmachung des Übergangs der Forderung auf den Bürgen aber nach der zur Zeit der Zahlung gegebenen Rechtslage in anderer Richtung Nachteile für den Gläubiger erwarten läßt? Letzteres könnte der Fall sein, wenn die Hauptschuld durch ein Pfandrecht an der nämlichen Sache gesichert war, die auch für eine andere Forderung des Gläubigers haftet; oder wenn der Gläubiger noch andere Forderungen hat, die auf dem gleichen Rechtsverhältnis beruhen, wie die durch die Bürgschaft gesicherte Forderung oder doch mit ihr im rechtlichen Zusammenhange stehen. Nehmen wir den Fall an, daß für mehrere selbständige Forderungen desselben Gläubigers gegen denselben Schuldner ein Pfandrecht besteht, und für eine Forderung aus diesen mehreren außerdem eine Bürgschaft[6]). Es ist die Frage, ob hier der Bürge die auf ihn mit Pfandrecht übergehende Forderung auch vor oder nur nach der weiteren Pfandforderung des Gläubigers geltend machen darf. Dieses allerdings unter der Voraussetzung, daß keine Vereinbarung getroffen worden ist; denn wenn eine solche vorliegen sollte, ist diese maßgeblich.

Für die dem Gläubiger günstige Auslegung[7]) wird die Bestimmung des § 772 Abs. 2 Satz 2 herangezogen. Der Absatz 2 lautet: „Steht dem Gläubiger ein Pfandrecht oder ein Zurückbehaltungsrecht an einer beweglichen Sache des Hauptschuldners zu, so muß er aus dieser Sache Befriedigung suchen. Steht dem Gläubiger ein solches Recht an der Sache auch für eine andere Forderung zu, so gilt dies nur, wenn beide Forderungen durch den Wert der Sache gedeckt werden." Die Pflicht der Vorausklage sei hierdurch ausnahmsweise vom Gesetzgeber erlassen, um zu verhindern, daß bei einer Vorausklage der Bürge ganz oder teilweise frei werde und der Gläubiger für die unverbürgte Forderung einen Ausfall erleide. Der Gläubiger solle sich daher zuerst an den Bürgen halten können. Diese dem Gläubiger vom Gesetzgeber zuerkannte Wohltat habe nur dann Sinn, wenn der zuerst belangte Bürge die auf ihn mit Pfandrecht übergehende Forderung nicht vor, sondern nur nach der weiteren pfandrechtlich gesicherten Forderung des Gläubigers geltend machen könne; andernfalls würde dem Gläubiger die Belangung des Bürgen vor der Inanspruchnahme des Pfandes keinen Vorteil, sondern nur den Nachteil bringen, daß er an Stelle seiner eigenen Forderung die unbequeme Forderung eines Dritten als Vorgang zu dulden hätte.

Aus der Bestimmung des § 772 Abs. 2 Satz 2 ein allgemeines Prinzip aufzustellen, ist jedoch verfehlt. Der § 772 Abs. 2 hat eine andere Bedeutung. Er entspricht dem § 777 ZPO. und geht von dem Gedanken aus, daß das Pfand vor dem Bürgen, die Sache vor der

6) vergl. Zitelmann, Seuff. Bl. 09, 80. Dernburg Bd. 2 Note 8 zu § 80.
7) vergl. Zitelmann JW. 1917, 844.

Person in Anspruch zu nehmen ist[8]). Dem § 777 ZPO.[9]) liegt folgender Billigkeitsgedanke zugrunde: Es wird als eine mißbräuchliche Art und Weise der Vollstreckung angesehen, wenn unter Beiseitelassung der bequemen Vollstreckungsmöglichkeit in das dem Gläubiger bereite Pfand das übrige Vermögen des Schuldners angegriffen wird[10]).

§ 772 hat also weniger eine materiellrechtliche, als eine formellrechtliche Bedeutung. Das BGB. erkennt gerade die selbständige Stellung des Gläubigers hinsichtlich seiner weiteren Forderung an, indem er ihm das Vorgehen gegen den Bürgen ausnahmsweise gestattet, um ihm die freie Verfügungsmöglichkeit über seine weitere Forderung und deren Sicherheit nicht zu beeinträchtigen. Daß aber § 772 Abs. 2 Satz 2 keine allgemeine Bedeutung hat, zeigt sich erst recht auf dem Gebiete des Hypothekenrechts. Die Frage würde lauten: Kann der Bürge, welcher die verbürgte erststellige Hypothekenforderung bezahlt hat, den Übergang im Range vor einer weiteren, demselben Gläubiger auf dem Pfandobjekte zustehenden Nachhypothek geltend machen? Das würde, wenn § 772 ein allgemeines Prinzip sein würde, zu verneinen sein. Jedoch zu unrecht. Es ist in jedem Falle zu erforschen, ob tatsächlich ein Nachteil im Sinne des § 774 entsteht. Ein Nachteil ist aber hier nicht ersichtlich. Befriedigt nämlich der Bürge, der sich nur für die rangbessere Hypothek verbürgt hat, den Gläubiger, so erwirbt er diese Hypothek; die rangschlechtere Hypothek behält der Gläubiger genau so, wie er sie früher gehabt hat. Er wird so in keiner Weise geschädigt. Er würde sogar einen Vorteil, auf den er keinen Anspruch hat, erlangen, wenn jetzt die rangschlechtere Hypothek der auf den Bürgen übergegangenen Hypothek vorgehen soll; zu diesem Ergebnis müßte aber die andere Ansicht kommen. Die Unhaltbarkeit dieser Ansicht wird besonders offenbar, wenn der Gläubiger die zweite Hypothek erst erworben hat, nachdem der Bürge sich für die erste Hypothek verbürgt hat. Es ist daher eine Anwendung des § 772 abzulehnen und auch in diesem Falle zu dem für den Gläubiger ungünstigen Ergebnis zu kommen, daß der die erste Hypothek ablösende Bürge die Hypothek ohne Rücksicht auf die zweite Hypothek desselben Gläubigers und mit dem Rang vor ihr geltend machen kann[11]).

Ein Nachteil liegt aber in den Fällen vor, in denen der Gläubiger bei einer Zahlung des Schuldners mit dem Pfandrecht für eine weitere Forderung aufrücken würde, dies aber, wenn der Bürge den Gläubiger befriedigt, nicht geschieht[12]). Dadurch wird der Gläubiger zweifelsohne schlechter gestellt. Aber es ist kein Nachteil im Sinne des Gesetzes § 774, vor dem das Gesetz den Gläubiger schützen will. Der Gläubiger soll nur davor geschützt werden, daß durch den

8) RGR.Komm. § 772 Anm. 2.
9) das „beneficium excussionis realis" im ALR. § 46 I 20.
10) Jonas, a.a.O. § 777 I.
11) vergl. RG. 82, 133.
12) vergl. Stillschweig. JW. 1917, 845 und die dort gebildeten Fälle.

Übergang der Forderung seine Position verschlechtert wird, und daß er in seiner Sicherheit Einbuße erleidet. Das aber ist nicht der Fall.

Es ist daher die im Anfang dieses Kapitels (c) aufgeworfene Frage dahin zu beantworten: Die Vorschrift, daß der Übergang nicht zum Nachteil des Gläubigers erfolgen darf, ist trotz ihrer allgemeinen Fassung nicht dahin auszulegen, daß auch der vollbefriedigte Gläubiger sich darauf zu Gunsten anderer Forderungen berufen könnte, die mit der abgelösten Forderung nicht rechtlich zusammenhängen [13]).

d) Für die Geltendmachung des auf den Bürgen übergegangenen Teils der Forderung im Konkurse des Hauptschuldners sind die Grundsätze des Konkursrechts ausschlaggebend. Hier sind zwei Tatbestände zu unterscheiden, und zwar 1. der Bürge zahlt vor der Eröffnung, 2. nach der Eröffnung des Konkurses.

Hat der Bürge vor Eröffnung des Konkurses einen Teil der Hauptschuld bezahlt, so kann der Gläubiger nur den ihm verbliebenen Rest der Forderung, der Bürge trotz der Vorschrift des § 774 I 2 den auf ihn übergegangenen Teil im Konkurse anmelden [14]). Das ergibt sich daraus, daß dem Gläubiger zur Zeit der Konkurseröffnung die Forderung, soweit er befriedigt ist, nicht mehr zusteht, der Gläubiger sie somit nicht mehr geltend machen kann. Wenn man aber nun dem Bürgen wegen der Vorschrift des 774 I 2 eine Anmeldung der übergegangenen Forderung im Konkurse versagen würde, so würde das lediglich eine Bereicherung der übrigen Konkursgläubiger bedeuten, worauf diese keinen Anspruch hätten. Zweifelhaft ist aber, ob dann der Bürge nach § 774 dem Gläubiger gegenüber zurücktreten muß, bis dieser für seinen Teil voll befriedigt ist [15]). Eine Auseinandersetzung zwischen Gläubiger und Bürgen ist aber im Konkurse auszuschließen. Es dürfte allerdings im Sinne des § 774 Abs. 1 Satz 2 liegen, daß außerhalb des Konkursverfahrens der Bürge dem Gläubiger denjenigen Teil der Konkursdividende herauszugeben hat, um den der Gläubiger durch die Teilnahme des Bürgen am Konkursverfahren an seiner Forderung verkürzt worden ist [16]).

Macht der Bürge während des Konkurses des Hauptschuldners eine Teilzahlung an den Gläubiger, so kann er den auf ihn übergegangenen Teil der Hauptforderung nicht geltend machen. Der Gläubiger erhält vielmehr die auf seine ganze angemeldete Forderung entfallenden Dividende bis zur vollen Befriedigung (§ 68 KO). Übersteigt aber der als Konkursdividende sich ergebende Betrag die Restforderung des Gläubigers, so gebührt dem Bürgen der Betrag, der nach Befriedigung der Restforderung übrig bleibt [17]).

---

13) so auch Oertmann § 268, 7; RG. 76, 189; Lehmann § 22 III. 3.

14) Jaeger, KO. § 3 Anm. 26 und die dort aufgeführte Literatur. RG. 83, 405 ff.

15) RG. 76, 198 bejaht. das.

16) Lehmann § 191 I 1 a. RG. 83, 406. A. M. Jaeger a.a.O.

17) Jaeger § 68 Anm. 1 und 5. RG. in LZ. 08, 459 in JW. 14, 350.

Befriedigt der Bürge den Gläubiger nach der Konkurseröffnung wegen seiner ganzen Forderung, so kann er die Forderung im vollen Umfange geltend machen[18]).

Zusammenfassung und Ergebnis der Untersuchung.

Diese Untersuchung hat gezeigt, daß der Eintritt des gesetzlichen Übergangs an bestimmte tatbestandliche Voraussetzungen geknüpft ist. Eine befriedigende Erklärung seiner Rechtsnatur ist bisher nicht erfolgt, und wird auch wohl in Zukunft nicht erfolgen. Denn die cessio legis ist kein allgemeiner Rechtsbegriff, der sich als gedanklicher Schluß nach den Regnln rechtswissenschaftlicher Konstruktion begründen und ableiten läßt. Sie findet ihre jeweilige Regelung durch ausdrückliche gesetzliche Vorschrift, die wiederum selbst einer konstruktiven Begründung unzugänglich ist. Auch hat der Gesetzgeber keinen Grundtatbestand der cessio legis geschaffen, wie man ihn vielleicht in § 774 BGB. vermuten könnte. § 774 BGB. ist nur eine Vorschrift, die speziell für das Bürgschaftsrecht geschaffen ist. Wenn die §§ 1225, 1143 auf § 774 BGB. Bezug nehmen, so geschieht das nur hinsichtlich der Auswirkungen des Übergangs, die Voraussetzungen des Übergangs sind in den §§ 1225, 1143 selbst gegeben. Auch die Verweisung des § 412 auf die §§ 399—404, 406 bis 410 BGB. bringt uns der Lösung dieser Frage nicht näher, da hierdurch auch nur wiederum die Rechtslage nach Eintritt der cessio legis eine Regelung erfährt, aber keine grundsätzliche Regelung des Eintritts gegeben wird. Wenn somit die Erklärungsversuche der Rechtsnatur der cessio legis auch ergebnislos bleiben, so hat doch die Untersuchung gezeigt, daß die verschiedenen Tatbestände gemeinsame Merkmale aufweisen, und daß dem Forderungsübergang gewisse, in den verschiedenen Tatbeständen gleichartige Voraussetzungen zugrunde liegen, auf Grund derer, und vor allem auf Grund der durch diese Voraussetzungen geschaffene Rechtslage der Gesetzgeber den Eintritt des gesetzlichen Forderungsübergangs für erforderlich erachtet.

Wir wir gesehen haben, lassen sich die Tatbestände des gesetzlichen Forderungsübergangs in zwei große Gruppen einteilen, bei denen sowohl die Voraussetzungen, wie auch der Umfang des Übergangs verschieden ist, während sie innerhalb der einzelnen Gruppe die gleichen sind.

In der ersten Gruppe haben wir die Tatbestände, daß dem Gläubiger der Hauptschuldner und eine weitere Person oder Sache gegenüberstehen. Mit der Befriedigung des Gläubigers geht die Forderung in vollem Umfange auf den Dritten oder Eigentümer der Sache über. Der gesetzliche Forderungsübergang vermittelt hier den Rücktritt gegen den Hauptschuldner.

18) Jaeger a.a.O. § 3 Anm. 25.

In der anderen Gruppe befinden sich die Fälle, bei denen die übergegangene Forderung den Ausgleich unter mehreren untereinander verbundenen oder von einander unabhängigen Personen vermittelt. Befriedigt ein Gesamtschuldner den Gläubiger, so geht die Forderung nur in Höhe seines wirklichen Ersatzanspruchs gegen den anderen Schuldner auf ihn über. Ebenso geht, wenn dem Gläubiger mehrere voneinander unabhängige Sicherungsgeber gegenüberstehen, die Forderung auf den befriedigenden Sicherungsgeber über, aber auch nur zur Vermittelung des Ausgleichs; denn eine Bevorzugung des befriedigenden Sicherungsgeber vor den übrigen läßt sich nicht, wie die Untersuchung gezeigt hat, rechtfertigen. Es ist vielmehr in solchen Fällen der Grundsatz aufzustellen, daß unter mehreren unabhängigen Sicherungsgebern eine Ausgleichungspflicht besteht.

Aus den erörterten Fällen der cessio legis ergibt sich ferner, daß der Gesetzgeber den Forderungsübergang überall da anordnet, wo neben dem Schuldner ein Dritter oder ein weiterer Schuldner steht, der den Zugriff des Gläubigers in sein Vermögen zu dulden verpflichtet ist, ohne selbst wirklich der Schuldner oder doch wenigstens zur Tragung der ganzen Schuld verpflichtet zu sein. Das Gesetz gewährt einen zusätzlichen Anspruch, der auch neben den sich etwa aus dem zugrunde liegenden Verhältnis zwischen Dritten und Schuldner ergebenden Ansprüchen geltend gemacht werden kann. Der rechtspolitische Zweck des gesetzlichen Übergangs ist, den in Anspruch genommenen Sicherungspflichtigen besonderen Schutz zu gewähren und ihm die Wiederherstellung der richtigen Vermögenslage zu erleichtern.

Ist nun die gleiche Regelung in allen den Fällen anzuwenden, in denen die aufgeführten Voraussetzungen vorliegen? Schulz [19]) glaubt die cessio legis auch in den nicht gesetzlich geregelten Fällen überall da entsprechend anwenden zu können, wo jemand eine fremde Verbindlichkeit erfüllt. Das ist jedoch abzulehnen. Wie schon oben ausgeführt, enthält das Gesetz keinen Grundtatbestand der cessio legis, aus dem wir eindeutig die rechtlichen Voraussetzungen entnehmen können. Zwar liegt eine Gleichartigkeit der gesetzlichen Regelung vor, auch ist aus den gesetzlichen Tatbeständen ein klares und in allen Fällen gleiches rechtspolitisches Ziel zu erkennen; es dürfen dabei aber nicht die verschiedenen Voraussetzungen der einzelnen Tatbestände übersehen werden. Es handelt sich um Einzelerscheinungen, die die gleiche Regelung im Gesetz erfahren haben, und nicht um Anwendungsfälle eines einheitlichen Grundsatzes. Dem steht nicht entgegen, daß, wenn die gesetzlichen Vorschriften eines Rechtsinstituts auf ein anderes entsprechend angewendet werden, auch die etwaige Bestimmung des gesetzlichen Forderungsübergangs entsprechend anzuwenden ist, wie es z. B. bei dem Kreditauftrag geschehen ist. In einem solchen Falle sind aber auch die tatbestandlichen Voraussetzungen die gleichen oder doch

19) Schulz, a.a.O.

sehr ähnlich, sodaß eine entsprechende Anwendung der Vorschriften angebracht erscheint. Grundsätzlich ist aber eine Analogie abzulehnen; auch wird in der Mehrzahl der Fälle ein Bedürfnis zur entsprechenden Anwendung zu verneinen sein, da fast immer dem, der den Gläubiger befriedigt, ein Anspruch gegen den Schuldner aus dem zugrunde liegenden Verhältnis zustehen wird.

Andererseits ergibt die Untersuchung, daß die cessio legis im vollen Umfange auch in einem künftigen deutschen Recht beizubehalten ist. Der gesetzliche Forderungsübergang findet seine Rechtfertigung in der Zweckmäßigkeit und Billigkeit seiner Anordnung. Er erübrigt eine Abtretung der Forderung, trägt somit wesentlich zur Vereinfachung der rechtlichen Beziehungen bei, damit zugleich aber auch zur Vermeidung der Rechtsstreitigkeiten. Die Ausgleichung unter mehreren Gesamtschuldnern oder zwischen mehreren unabhängigen Sicherungsgebern, der der Gedanke der Gemeinschaft zugrunde liegt, verdient ebenfalls, beibehalten zu werden; denn dadurch, daß dem einzelnen Schuldner nicht die ganze Schuldenlast aufgebürdet wird, die unter Umständen seinen wirtschaftlichen Zusammenbruch herbeiführen kann, wird zugleich die Allgemeinheit geschützt, ein Gedanke, der immer mehr das Vollstreckungsrecht beherrscht. Es bleibt daher noch dem kommenden Recht überlassen, auch gesetzlich noch den Ausgleich zwischen mehreren unabhängigen Sicherungsgebern festzulegen.